بحث في
الاستحسان عند الأصوليين
دراسة وتطبيق

إعداد

الدكتور

صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

مدرس أصول الفقه بالكلية

بسم الله الرحمن الرحيم

أولا المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، إياك نعبد. وإياك نستعين ، يا من هو المعبود المشكور على الحقيقة .إذ لا منعم سواه، وكل نفع يجري على يد غيره فهو الذي أجراه، وكل خير يصل إلى بعض مخلوقاته من بعض فهو الذي قدره وقضاه، فأحمده حمداً يرضاه ، وأشكره شكراً يقابل نعماه، وإن كانت غير محصاه ، امتثالا لأمره لا قياماً بحق شكره، فإن لساني وجناني وأركاني لا تقوم بشكر أقل نعمة من نعمه العظيمة

والصلاة والسلام على رسوله المصطفى محمد المبعوث إلى الأحمر من العباد والأسود. صلاةً وسلاماً يتجددان بتجدد الأوقات، ويتكرران بتكرار الآيات ، وعلى آله وصحابته الأخيار.

وبعـــد

فإن علم أصول الفقه علم عظم نفعه وقدره، وعلا شرفه وفخـــره، إذ هو مثار الأحكام الشرعية ، ومنار الفتاوى الفرعية التي بها صـــــلاح المكلفين معاشاً ومعاداً ، ثم إنه العمدة في الاجتهاد ، وأهم ما يتوقف عليه من المواد كما نص عليه العلماء، ووصفه به الأئمة الفضلاء.

يقول الإمام الغزالي : وأشرف العلوم ما ازدوج فيه العقل والسمع واصطحب فيه الرأي والشرع ، فإنه يأخذ من صفو الشرع والعقل سـواء السبيل ، فلا هو تصرف بمحض العقول بحيث لا يتلقاه الشرع بـالقبول ، ولا هو مبني على محض التقليد الـــذي لا يشـــهد لـــه العقـــل بالتـــأييد والتسديد(١).

هذا ، وقد عقدت العزم علـــى أن أبحـــث عـــن موضـــوع مـــن موضوعات هذا الفن . لينشر في مجلة الكلية هذا العام.فوقـــع اختيـــاري على موضوع " الاستحسان عند الأصوليين دراســـة وتطبيـــق " وهـــذا الموضوع من الأدلة المختلف فيها عند العلماء، لأن أدلة الشرع منها مـــا هو متفق عليه بين العلماء وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، ومنـــها ما هو مختلف فيه وهي مذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، والاستحســان، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، وسد الذرائع وغيرها.

هذا ولقد ترددت كلمة الاستحسان كثيرا على ألسنة الفقهاء، منـــذ عهد أبي حنيفة ومالك ، بعد أن تميز القياس من بين أنـــواع الاجتـــهاد .

---

(١) راجع المستصفى جـ١ ص ٣ ط دار الفكر

ولقد كان الأخذ بالاستحسان بعد ذلك مثاراً للخلاف بين العلماء، منهم المؤيد له فاتخذه مبدأ من مبادئ التشريع يلجأ إليه المجتهد في بعض الأحوال الاستثنائية ، ومنهم المعارض له فجعله تشريعاً بالهوى ، فأقره الحنفية والمالكية والحنابلة، واشتهر به الحنفية أكثر من غيرهم حتى عرفوا به، وأكثروا منه في فقههم ، وإن كان القارئ في كتبهم كثيراً ما يجد هذه العبارة " الحكم في هذه المسألة كذا، واستحساناً كذا " أو " الحكم في المسألة كذا إلا أنا عدلنا عن القياس فيها إلى الاستحسان " .

ولقد كان الإمام أبو حنيفة – رحمه الله – بارعاً في الاستحسان، حتى إن تلميذه محمد بن الحسن قال عنه " إن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال استحسن لم يلحق به أحد "[١].

وروى عبد الرحمن بن القاسم عن مالك أنه قال: "تسعة أعشار العلم الاستحسان[٢] " .

وجاء الشافعي فعد القياس وحده هو الأساس في الاجتهاد بالرأي، واستنباط الأحكام، وأنكر ماعداه، ولذلك رفض الاستحسان، إذ فهمه على أنه اجتهاد بالهوى من غير دليل، وكتب فصلا من كتابه الأم ، سماه إبطال الاستحسان ، مع أنه أخذ في الواقع بالاستحسان الاصطلاحي ، الذي يأخذ به باقي الأئمة ، ولكنه لم يسمه استحسانا .

---

[١] راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو زهرة ص ٣٨٧ ط دار الفكر العربي

[٢] راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩ ط دار المعرفة بيروت – لبنان .

وعسانى بهذا العمل أن أساهم مع المساهمين في خدمة الشـــريعة الغراء الذين يريدون لهذه الأمة أن تحقق ذاتها، فنحتكم إلى ما لديها مـــن تشريع واف بكل متطلبات الحياة، وذلك لما فيه من المرونـــة والشـــمول والتجدد، غير غافلة عن الإفادة من ثمرات التطور العلمي عند الآخريـــن وأن تعود من جديد لتمد العالم كما أمدته من قبل بـــأعظم ثمـــرة علميـــة عرفها الإنسان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصل اللهم علـــى سـيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبعه وعمل بدعوته إلى يوم الدين.

د / صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

ثانيا خطة البحث :

لقد قمت بتقسيم هذا البحث إلى ستة مباحث وخاتمة وفهرس لموضوعات البحث وبيانها كالتالي :

المبحث الأول : في تعريف الاستحسان .

المبحث الثاني : في حجية الاستحسان .

المبحث الثالث : في تحقيق مذهب الإمام الشافعي فى الاستحسان.

المبحث الرابع : في أنواع الاستحسان.

المبحث الخامس : في الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشتبه به.

المبحث السادس : في أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان في الفقه الإسلامي ويشتمل على المسائل الآتية :

المسألة الأولى : في شرط الخيار لغير المتعاقدين .

المسألة الثانية : قبض الهبة بغير إذن الواهب.

المسألة الثالثة : في شركة المفاوضة .

المسألة الرابعة : في إقرار الوكيل بالخصومة.

المسألة الخامسة : في ردة الزوجين معاً.

المسألة السادسة : حكم قاطع الطريق في المصر .

المسألة السابعة : الاشتراك في السرقة .

المسألة الثامنة : اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل.

المسألة التاسعة : تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة .

المسألة العاشرة: في محاذاة الرجل المرأة في الصلاة .

المسألة الحادية عشرة : طهارة خرء الحمام والعصفورة.

المسألة الثانية عشرة: في حدوث عيب في الأضحية.

المسألة الثالثة عشرة: القبول ليس ركناً في الهبة.

المسألة الرابعة عشرة : في هبة الدين لغير المدين .

الخاتمة – ثم الفهارس .

المبحث الأول
فـي
تعريف الاستحسان[1]

أولا: تعريف الاستحسان في اللغة:

يقول صاحب المصباح[2] : الاستحسان من الحسن وهو عد الشيء واعتقاده حسناً[3].

وقال ابن منظور[4] في لسان العرب: الحسن ضد القبح.

واستقبحت ونقيضه تقول : استحسنت كذا أي اعتقدته حسنا، كذا أي اعتقدته قبيحاً والحُسن نعت لما حُسن[5].

فالاستحسان في اللغة : عد الشئ حسناً مثل الاستقباح عد الشئ قبيحاً[6].

---

(1) يلاحظ في هذا البحث بأني أخرج الحديث في أول وروده وأترجم للعلم كذلك ولا أتعرض لهما بعد ذلك بذكر مثل القول : سبق تخريج الحديث أو سبق ترجمته بالنسبة للعلم .

(2) هو أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومي الحموي ، أبو العباس، لغوي، اشتهر بكتابه المصباح المنير، ولد بالفيوم بمصر ورحل إلى حماه بسورية توفي سنة ٧٧٠هـ (راجع الأعلام جـ١ ص ٢٤٤ ط دار العلم للملايين – بيروت– لبنان).

(3) راجع المصباح المنير جـ١ ص ١٣٦ ط المكتبة العلمية- بيروت لبنان، مختار الصحاح ص ١٣٦ وما بعدها – الناشر دار الحديث – القاهرة.

(4) هو جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن على بن أحمد بن أبي القاسم بن حقبة بن منظور الأنصاري الأفريقي، ولد بالقاهرة سنة ٦٣٠هـ . أجمع المترجمون له على أنه كان محدثا فقيها. توفى سنة ٧١١هـ (راجع الأعلام جـ٧ ص ١٠٨)

(5) راجع لسان العرب جـ٢ ص ٨٧٩ ط دار المعرفة – بيروت – لبنان.

(6) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢ ط محمد على صبيح وأولاده – بمصر.

فالاستحسان : مشتق من الحسن والحسن محركه ما حسن من كل شئ والحسن يطلق على ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وإن كان مستقبحا عند غيره.

وقيل الاستحسان : طلب الأحسن لاتباعه ، مثل الاستئذان طلب الإذن للدخول[١].

هذا وقد اتفق الأصوليون على أن الاستحسان بالمعنى السابق ليس بحجة ولا يصح أن يكون أصلا من أصول التشريع الإسلامي التي يعتد بها، لأنه قول في الدين بالهوى والتشهي دون رعاية لدليل من أدلة الشرع الثابتة ، والقول في الدين بالهوى والتشهي ممنوع إجماعا، ولا يقول به أحد.

كما اتفقوا أيضا على أن لفظ الاستحسان يجوز استعماله بلا خلاف وذلك لوروده في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية، وإطلاق أهل اللغة والاجتهاد.

---

(١) راجع ما قيل في تعريف الاستحسان في القاموس المحيط جـ٣ ص ٢١٥ وما بعدها ط البابي الحلبي وأولاده- بمصر المعجم الوسيط جـ١ ص ١٧٤ باب حسن ط دار المعارف، تاج العروس جـ١ص ٣٠٢ ط منشورات مكتبة الحياة- بيروت – لبنان، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٢ وما بعدها الناشر دار الكتاب الإسلامي، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١ الناشر- دار الحديث القاهرة – أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠ ط دار المعرفة – بيروت لبنان، نهاية السول للإسنوي جـ٣ ص ١٣٩ ط محمد علي صبيح وأولاده بمصر- كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص ٢٩١ ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

أما القرآن الكريم:

١- فقد قال الله تعالى في شأن التوراة:"**وكتبنا له في الألواح من كل شئ موعظة وتفصيلا لكل شئ فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها سأوريكم دار الفاسقين** "[١].

ففي الآية الكريمة. يأمر الله تعالى – موسى عليه السلام أن يأمر قومه بأن يأخذوا بتعاليم الألواح التي أوحى الله تعالى بها إلى موسى، وأن يتمسكوا بأحسنها ، وما ذلك إلا حينما صفت قلوبهم، ونقت سريرتهم، وطهرت وجدانهم.

٢- قوله تعالى :﴿ **الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب**﴾ [٢].

ففي هذه الآية الكريمة . يمدح الله تعالى المؤمنين الذين يجتنبون عبادة الطاغوت ، ويستمعون لما جاء به محمد ﷺ فيلتزمون بهديه ويتمسكون بهذه التعاليم السامية وما ذلك إلا لصفاء قلوبهم ونقاء ضمائرهم .

٣- قوله تعالى : ﴿ **ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله وعمل صالحا وقال إنني من المسلمين**﴾[٣].

ففي هذه الآية الكريمة دعوى صريحة واستحسانا لعمل الدعوة والدعاة والمفكرين من المسلمين حيث يوجهون جهودهم إلى الله تعالى ،

---

(١) سورة الأعراف الآية ١٤٥

(٢) سورة الزمر الآية ١٨

(٣) سورة فصلت الآية ٣٣.

وإلى دعوته حيث ذكت نفوسهم، وأنار الله تعالى بهم الأرض ،لأنهم حملة لواء الإسلام الذي جاء به محمد ﷺ .

٤- قوله تعالى :﴿ الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها مثاني تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم﴾[١].

ففي الآية الكريمة : بين أن أحسن ما يسمع مما أنزل الله هو القرآن الكريم ، قال سعد بن أبي وقاص[٢]، قال أصحاب رسول الله ﷺ : لو حدثتنا فأنزل الله تعالى:**﴿الله نزل أحسن الحديث﴾**[٣]. فقالوا: لو قصصت علينا فنزل **﴿نحن نقص عليك أحسن القصص﴾**[٤]. فقالوا لو ذكرتنا فنزل **﴿ ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم لذكر الله وما نزل من الحق ﴾**[٥].

وأما من السنة :

فقد ورد لفظ الاستحسان في حديث رسول الله ﷺمن ذلك مايلي :

---

(١) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٢) هو مالك بن أهيب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب بن مرة الأمير أبوإسحاق القرشي الزهري المكي أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد السابقين الأولين للإسلام شهد بدرا والحديبية توفي سنة ٥٦هـ (راجع سير أعلام النبلاء جـ١ ص ٩٢ مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان، أسد الغابة جـ٢ ص ٣٦٦ ط الشعب.

(٣) سورة الزمر من الآية ٢٣.

(٤) سورة يوسف من الآية ٣.

(٥) سورة الحديد من الآية ١٦.

١- قولـــــه ﷺ "مـــــا رآه المســــلمون حســـنا فـــــهو عنــــد الله حسن " [١].

٢- قوله-ﷺ- "أقربكم مني مجلسا يوم القيامة أحســـــنكم خلقا "[٢].

ففي الحديثين الشريفين: ذكر للاستحسان والحسن ، حيث وضـــح وبين رسول الله -ﷺ- أن ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، كما بين أن أقرب الناس منه يوم القيامة أحسنهم خلقا.

وأما إطلاق أهل اللغة والاجتهاد لفظ الاستحسان واســـتعماله فمـــا نقل عن الأئمة من استحسان دخول الحمام من غير تقدير عوض للمـــــاء المستعمل ، ولا تقدير مدة السكون فيه، وتقدير أجرته، واستحسان شـــرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير للماء وعوضه.

(١) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك عن طريق زر بن حبيش عن عبد الله بن مسعود بنفس اللفـــــظ وقـــال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، أخرجه الزيلعي من نفس الطريق بنفس اللفظ وقال : حديث غريب ولم أجـــده إلا موقوفا على ابن مسعود، أخرجه الإمام أحمد في مسنده من نفس الطريق بلفظ أن رسول الله ﷺ قال " إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد ﷺ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينـــه فما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما رأوه سيئا فهو عند الله سيئ" (راجع المستدرك جـــ٣ ص ٧٨ وما بعدها كتاب معرفة الصحابة ط دار المعرفة- بيروت - لبنان، نصب الراية جـــ٤ ص ١٣٣ كتاب الإجارات- باب الإجارة الفاسدة ط دار المأمون - مصر، مسند الإمام أحمد جـــ١ ص ٣٧٩ ط دار صادر - بيروت - لبنان.

(٢) هذا الحديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده من طريق ثعلبة الخشني بلفظ قال رســــول الله ﷺ " إن أحبكـــم إلى وأقربكم مني في الآخرة محاسنكم أخلاقا، وإن أبغضكم إلى وأبعدكم مني في الآخرة مساويكم أخلاقا - الثرثارون- المتفيهقون- المتشدقون " (راجع مسند أحمد جـــ٤ ص ١٩٣

وقد نقل عن الإمام الشافعي[1]: أنه قال استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما، واستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام، واستحسن ترك شئ من نجوم الكتابة للمكاتب ، وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت. القياس أن تقطع يمناه ، والاستحسان أن لا تقطع[2].

وقد نقل عن الإمام مالك[3] أنه قال : الاستحسان تسعة أعشار العلم، وقال أصبغ بن الفرج المالكي[4] . الاستحسان فى العلم قد يكون

---

(1) هو محمد بن إدريس بن العباس القرشي أبو عبد الله، أحد الأئمة الأربعة، ولد في سنة ١٥٠هـ بغزة ، وحمل منها طفلا إلى مكة ، ثم رحل إلى المدينة ، من مؤلفاته ، الأم في الفقه والرسالة في الأصول وغيرهما توفي سنة ٢٠٤هـ (راجع شذرات الذهب جـ٢، جـ٩ ط دار الفكر للطباعة والنشر، طبقات الشافعية للإسنوى جـ١ ص ١٨ ط دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

(2) راجع ما قاله الإمام الشافعي في نفائس الأصول في اختصار المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧ الناشر مكتبة – نزار مصطفي الباز، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨ ط الكتبي ، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ ومابعدها ط دار الكتب العلمية – بيروت- لبنان، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٠ وما بعدها الناشر دار الحديث- الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٤ الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

(3) هو مالك بن أنس بن مالك أبو عبد الله إمام دار الهجرة ، وأحد الأئمة الأربعة ، ولد بالمدينة في سنة ٩٣هـ من مؤلفاته : الموطأ، ورسالة فى الرد على القدرية وغير ذلك كثير، توفي سنة ١٧٩هـ ودفن بالمدينة (راجع تهذيب التهذيب جـ١ ص ٥ ط دائرة المعارف النظامية- حيدر آباد، وفيات الأعيان جـ٣ ص ٢٨٤ ط دار صادر بيروت- لبنان).

(4) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصري، الإمام الثقة الفقيه المحدث ولد سنة ١٥٠هـ بمصر من مصنفاته كتاب الأصول وكتاب آداب الصيام ، وتفسير حديث الموطأ، توفي سنة ٢٢٥هـ بمصر (راجع شجرة النور الزكية ص ٦٦ الناشر دار الكتاب العربي – بيروت – لبنان، الأعلام جـ١ ص ٣٣٣ ط دار العلم للملايين- بيروت – لبنان).

أغلب عن القياس، وقال: إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة، وإن الاستحسان عماد العلم[١].

وأما الإمام أبو حنيفة[٢] فقد حمل لواء الاستحسان. فقد نقل عنه أن أصحابه كانوا ينازعونه المقاييس فإذا قال: استحسن لم يلحق به أحد فيزعنون له[٣].

وقال الإمام أحمد[٤] في التيمم: استحسن أن يتيمم لكل صلاة، والقياس أنه بمنزلة الماء، يصلى به حتى يحدث أو يجد الماء، وقال فيمن غصب أرضا فزرعها : الزرع لصاحب الأرض، وعليه النفقة ، وهذا لا يوافق القياس، ولكن استحسن أن يدفع إليه نفقته. وقال : يجوز شراء أرض السواد ولايجوز بيعها، فقيل له كيف يشتري ممن لا يملك ؟ فقال: القياس كما تقول ولكن هو استحسان[٥].

---

(١) راجع أقوال المالكية في الموافقات جـ٤ ص٢٠٩ وما بعدها ط دار المعرفة بيروت لبنان، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص٤٠٢٧، الاعتصام جـ٢ ص١٣٨ ط دار الفكر.

(٢) هو النعمان بن ثابت الفقيه الكوفي، ولد سنة ٨٠هـ،٨ وكان خزازا يبيع الخز وجده زوطى من أهل قابل، وأدرك أبو حنيفة جماعة من الصحابة منهم أنس بن مالك ، قال عنه الشافعي الناس في الفقه عيال على أبي حنيفة توفي سنة ١٥٠هـ (راجع وفيات الأعيان جـ٥ ص ٤٠٥، تذكرة الحفاظ جـ١ ص ١٦ ط دار الفكر العربي- بيروت- لبنان.

(٣) راجع أبو حنيفة للإمام محمد أبو زهرة ص ٣٨٧.

(٤) هو أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني الوائلي إمام المذهب الحنبلي وأحد الأئمة الأربعة، وكان أبوه والي سرخس، ونشأ منكبا على العلم، وسافر في سبيله إلى كثير من البلدان الإسلامية، من مؤلفاته مسند في الحديث، وكتاب في الناسخ والمنسوخ وغيرهما كثير، توفي سنة ٢٤١هـ (راجع شذرات الذهب جـ٢ ص ٩٢، الأعلام جـ١ ص ١٩٢).

(٥) راجع أقوال الإمام أحمد في شرح الكوكب المنير جـ٤ ص ٤٢٩ ط جامعة الملك عبد العزيز، المسودة ص ٤٥٢ ط دار الكتاب العربي بيروت لبنان.

مما سبق يتبين لنا أنه لا خلاف في استعمال لفظ الاستحسان، إذا الجميع متفق على استعماله،وإنما الخلاف واقع في معنى لفظ الاستحسان وما يؤدى إليه[1].

وسيأتي بعد قليل بيان حقيقة الاستحسان عند تعريفه في الاصطلاح.

ثانيا : تعريف الاستحسان في الاصطلاح :

لقد اختلف العلماء في تعريف الاستحسان: ونحن بدورنا نذكر هذه التعاريف موضحين من لم يأخذ بالاستحسان، ومن أخذ وعمل به كحجة ودليل من الأدلة الشرعية .

أ- تعريف الاستحسان عند الحنفية

1- تعريف الاستحسان عند المتقدمين :

لم يؤثر عن أبى حنيفة وأصحابه أن عرفوا الاستحسان، أو ضبطوه، أو بينوا أنواعه، ذلك لأن معناه كان معروفا بينهم، ولم يكن أبو

---

(1) راجع استعمال لفظ الاستحسان فى الإحكام الآمدي جـ٤ ص ٢١٠ ومابعدها ، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧، نهاية السول جـ٣ ص ١٣٩ وما بعدها ط محمد على صبيح وأولاده بمصر، الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨، شرح الكوكب المنير جـ٤ ص ٤٢٩، الإحكام لابن حزم جـ٦ ص ٧٥٧ وما بعدها، ط العاصمة حسين حجازي، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ١٣، التلويح مع التوضيح جـ٢ ص ١٦٢ ط صبيح بالقاهرة ، تفسير القرطبي جـ١٥ ص ٢٤٨- الناشر دار الكتاب العربي – القاهرة ، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٨ وما بعدها ط دار الطباعة المحمدية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٢٤ وما بعدها الناشر دار المسلم، الأدلة المختلف فيها الدكتور / محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٣ وما بعدها .

حنيفة قد وضع أصول فقهه، وإنما نسب للاستحسان الذي كان يقول به معنيان:

أ- *الأول:* وهو لبعض الأصوليين من أصحاب أبي حنيفة، فقالوا : هو دليل ينقدح في نفس المجتهد يعسر عليه التعبير عنه[1].

وهذا المعنى للاستحسان. متردد بين القبول والرد، وذلك لتردد معنى الانقداح بين الشك والوهم، أو الثبوت واليقين، فإن كان الانقداح ناشئا عن وهم وخيال فهذا لا جدال في بطلانه، أما إن كان المجتهد متثبتا ومتيقنا مما أنقدح في ذهنه من دليل ومطمئنا إليه فلا شك أنه يلزمه العمل بما اقتضاه الدليل في حق نفسه ومن قلده، ولابد أن يكون الدليل معتدا به شرعا ، لكن لا يستطيع إلزام الآخرين به، أو الجدال عنه ما لم يكشف عن ماهيته، لأن مالا يقدر المجتهد على التعبير عنه لا يدرى وهم هو أم دليل مقبول شرعا.

وقد اختلف العلماء في قبول هذا التعريف أو رده تبعا للمعنى الذي فسروا به الإنقداح فمن رآه أنه شك ووهم رده، ومن فسره بالاتضاح والظهور قبله.

فإذا فسر الإنقداح بالظهور والاتضاح يكون معنى التعريف أن الاستحسان هو الدليل على حكم شرعي استقر في نفس المجتهد بعد تمعن وتدبر حتى ثبت عنده وتحقق منه ، وإن لم يستطع التعبير عنه.

---

(١) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٧ وما بعدها الناشر- مكتبة الكليات الأزهرية، المسودة ص ٤٥٢، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٢٠، إرشاد الفحول ص ٢٤١ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، شرح الكوكب المنير جـ٤ ص ٣٤٠

ونحن نؤيد المعنى الثاني للانقداح ، وهو الظهور والاتضاح، فمن المعلوم أن المتبادر إلى الذهن من اللفظ يكون حقيقة فيه، ولذلك قال العلماء : التبادر أمارة الحقيقة ، وأن المتبادر من الانقداح هو الظهور والاتضاح لا الشك والوهم إذ من المستبعد أن يقول المجتهد بحكم شرعي إلا إذا تحقق وتثبت من دليل الحكم، نظراً لأمانته وتقواه وورعه ومنزلته في العلم، وأما كون المعنى بحيث لا يستطيع المجتهد التعبير عنه هنا، فهو أن المعاني التى تختلف فيها الأنظار ويقع فيها التعارض بين الأدلة كما هو حاصل في كثير من مسائل الاستحسان،وقد لاتصل من الوضوح إلى حد تنطلق بالتعبير عنه،ومع ذلك يكون المجتهد متحققاً ومتيقناً منه[١]

وقد رد الغزالى[٢] هذا التعريف فقال : وهذا هوس لأن ما لا يقدر على التعبير عنه لا يدرى أنه وهم وخيال أو تحقيق ، ولابد من ظهوره ليعتبر بأدلة الشريعة لتصححه الأدلة أو تزيفه، أما الحكم بما لا يدري ما هو، فمن أين يعلم جوازه. أبضرورة العقل، أو بسمع متواتر، أو آحاد؟ ولا وجه لدعوى شئ من ذلك كيف، وقد قال أبو حنيفة: إذا شهد أربعة على زنا شخص لكن عين كل واحد منهم زاوية من زوايا البيت وقال زنا، فالقياس أن لا حد عليه، لكنا نستحسن حده. فيقال له لم يستحسن

---

(١) راجع الإحكام للآمدي جـ٢ ص ٢١١، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨، حاشية البناني جـ ٤ ص ٣٥٣، الإبهاج جـ٣ ص ٢٠١، روضة الناظر جـ١ ص ٤٠٧، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٣

(٢) هو حجة الإسلام محمد بن أحمد الطوسى أبو حامد الغزالى الشافعي المولود بمدينة طوس من أعمال خراسان سنة ٤٥٠هـ ، ونبغ في كثير من العلوم الشرعية والعقلية والتصوف له مائة كتاب ومقالة، ورسالة توفي سنة ٥٠٥هـ(راجع الأعلام جـ٧ ص ٢٤٧، شذرات الذهب جـ ٤ ص ١٠)

سفك دم مسلم من غير حجة إذ لم تجتمع شهادة الأربعة على زنا واحد وغايته أن يقول تكذيب المسلمين قبيح وتصديقهم وهم عدول حسن فنصدقهم ونقدر دورانه في زنية واحدة على جميع الزوايا بخلاف ما لو شهدوا في أربع بيوت فإن تقدير التزاحف بعيد. وهذا هوس لا نصدقهم ولا نرجم المشهود عليه كما لو شهد ثلاثة، وكما لو شهدوا في دور، وندرأ الرجم من حيث لم نعلم يقينا اجتماع الأربعة على شهادة واحدة فدرء الحد بالشبهة أحسن. كيف وإن كان هذا دليلا فلا ننكر الحكم بالدليل، ولكن ينبغي أن نسمي بعض الأدلة استحسانا[1].

وقال الآمدي[2] عن هذا التعريف : والوجه في الكلام عليه أنه إن تردد فيه بين أن يكون دليلا محققاً، ووهماً فاسداً . فلا خلاف في امتناع التمسك به، وإن تحقق أنه دليل من الأدلة الشرعية، فلا نزاع في جواز التمسك به أيضاً، وإن كان في غاية البعد، وإنما النزاع في تخصيصه باسم الاستحسان عند العجز عن التعبير عنه دون إمكان التعبير عنه[3].

---

(1) راجع قول الإمام الغزالي في المستصفى جـ١ ص ٢٨١ ط دار الفكر، المنخول ص ٤٧٧ ط دار الفكر- بيروت - لبنان، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٩ ط دار الكتاب العربي- بيروت - لبنان.

(2) هو على بن أبي بن محمد بن سالم الثعلبي الفقيه الأصولي سيف الدين الآمدي ولد سنة ٥٥١هـ بآمد وقدم بغداد وقرأ القراءات وتفنن في قراءة العقليات، صنف في أصول الفقه : والمنطق، والحكم، والخلاف توفي سنة ٦٣١هـ (راجع وفيات الأعيان جـ٣ ص ٢٩٣، الفتح المبين جـ٢ ص ٨٤، شذرات الذهب جـ٥ ص ١٤٤)

(3) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١

وقال البيضاوي [١]: إنهم إن أرادوا بقولهم " ينقدح في نفس المجتهد " أنه يشك فيه- فهو مردود كما هو ظاهر، وإن أرادوا به أنه تيقن صحته فهو صحيح يجب عليه أن يعمل به[٢]أهـ.

وبعد ذكر أقوال العلماء عن هذا التعريف للاستحسان أرى أن هذا التعريف لا يصلح أن يكون محلا للنزاع ، لأن المجتهد إن قطع بما وقع في ذهنه فلا خلاف في أنه يصح الاعتماد عليه في استنباط الحكم، ويكون حجة عنده فى إثبات الأحكام، وإن لم يقطع بما وقع في ذهنه بأن شك أو توهم فلا خلاف في أنه لا يصح له الاعتماد على ذلك في استنباط الأحكام.

الثاني : عرفه الكرخى[٣] من الحنفية : بأنه العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

ومعنى هذا . أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في مسألة بحكم مماثل لحكم نظائرها، إلى حكم آخر يخالف حكم نظائرها لوجود دليل أقوى من الدليل الذي يقتضي مساواتها بنظائرها.

---

(١) هو القاضى ناصر الدين أبو الخير عبد الله بن محمد بن على قاضى القضاة البيضاوي نسبة إلى البيضاء بلاد فارس، من تصانيفه الطوالع، والمنهاج، توفي سنة ٦٩١هـ (راجع شذرات الذهب جـ٥ ص ٣٩٢، البداية والنهاية جـ١٣ ص ٣٠٩، الفتح المبين جـ٢ ص ٨٨).

(٢) راجع الإبهاج جـ٣ ص ٢٠١، نهاية السول جـ٣ ص ١٤٠، أصول الفقه للدكتور / زهير جـ٤ ص ١٩٠

(٣) هو عبيد الله بن الحسين الكرخى فقيه انتهت إليه رئاسة الحنفية بالعراق مولده بالكرخ وهى قرية من قرى بغداد، له رسالة في الأصول التي عليها مدار الحنفية ، وشرح الجامع الكبير. توفى سنة ٣٤٠هـ (راجع الأعلام جـ٤ ص ١٩٣، الفوائد البهية ص ١٠٨ ط دار المعرفة – بيروت- لبنان).

مثال ذلك : قول القائل لله عليَّ أن أتصدق بمالي، أو مالي صدقة فإن المال هنا مفرد مضاف فيعم جميع أنواع الأموال سواء أكانت من أموال الزكاة أو من غيرها ومقتضى العموم هو وجوب التصدق بجميع ما يملكه من مال، إلا أن هناك دليلا آخر منع من العمل بمقتضى هذا العموم وهو قوله تعالى : ﴿ **خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم والله سميع عليم**﴾ [١].

فإن المراد من الأموال في الآية الكريمة أموال الزكاة إجماعاً – فليكن كذلك في قول القائل " مالي صدقة " والجامع بين الأمرين إضافة الصدقة إلى المال في الموضعين .

فأنواع المال نظائر تندرج تحت جنس المال، وقد أخرج بعضها، وهي الأموال التي لا تجب فيها الزكاة فحكم لها بحكم يخالف حكم نظائرها ، وهو عدم وجوب التصدق بها، بعكس نظائرها فقد حكم فيها بوجوب التصدق بها في النذر، والدليل الذي أدى إلى الحكم فيها بخلاف نظائرها هو الآية المتقدمة : وهو أقوى من الدليل الذي اقتضى مساواتها لنظائرها في الحكم ، والدال على وجوب الوفاء بالنذر مثل قوله تعالى : ﴿ **ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق**﴾[٢] ولعموم قوله تعالى :﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾[٣].ولأن الله تعالى مدح به فقال تعالى: ﴿ **يوفون بالنذر**﴾[٤] . وأخبر بوقوع العقاب بنقيضه

---

(١) سورة التوبة الآية ١٠٣

(٢) سورة الحج الآية ٢٩

(٣) سورة المائدة من الآية ١.

(٤) سورة الإنسان من الآية ٧.

فقال تعالى :﴿ **ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين، فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون فأعقبهم نفاقاً في قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون**[١]﴾.

ولأن الإجماع منعقد على وجوب الوفاء بالنذر[٢] . فهذا التعريف وإن بين صورة الاستحسان عند الحنفية . من أنه إخراج صورة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لمقتضى، لكن يترتب على الأخذ به أن يكون العدول عن العموم إلى الخصوص وعن المنسوخ إلى الناسخ استحساناً، وليس باستحسان عندهم[٣].

وقد يجاب بأن الذي يعنينا ليس مطلق العدول، بل العدول عن حكم القاعدة العامة وسنن القياس في مسألة ما إلى دليل آخر ، على أن الاستحسان بهذا المعنى الذي ذهب إليه الكرخى ما هو إلا دليل خاص من كتاب أو سنة ، أو غيرهما عارض دليلا عاماً وخصصه وليس دليلاً جديداً ، ولا نزاع في تخصيص العام بالخاص، إذا صح الخاص، وهذا غير متنازع فيه بل هو محل اتفاق[٤].

---

(١) سورة التوبة الآيات (٧٥، ٧٦، ٧٧).

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ ص ٣ الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٢ ، التلويح جـ٢ ص ١٦٢، شرح العضد على المختصر جـ٢ ص ٢٨٨، نهاية السول جـ٣ ص ١٤٠، الإبهاج جـ٣ ص ٢٠١ ، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٢، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٦ وما بعدها، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٠.

(٣) الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٢٢.

(٤) أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٩٠، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٠

٢- تعريف الاستحسان عند متأخري الحنفية :

اعلم أن بعض القادحين في المسلمين طعن على أبى حنيفة وأصحابه- رحمهم الله – فى تركهم القياس بالاستحسان . وقال : حجج الشرع – الكتاب ، والسنة والإجماع ، والقياس، والاستحسان قسم خلص لم يعرف أحد من حملة الشرع سوى أبى حنيفة وأصحابه أنه من دلائل الشرع ، ومن هنا عمد المتأخرون منهم إلى الدفاع عن الاستحسان ، فضبطوه وبينوا معناه وأقسامه، رداً على من قال إن الاستحسان تشريع بالهوى وقول في الدين بدون دليل. ولذلك نقل عنهم تعاريف كثيرة رفعت الخلاف بشأن الاستحسان، وكشفت عن حقيقته أنه ليس حكماً بالهوى والشهوة ، بل حكم مستمد من مجموع علم الفقه بمقاصد الشريعة وغاياتها : ونحن بدورنا نذكر بعض هذه التعاريف.

أ- تعريف الكمال بن الهمام[1] للاستحسان:

الاستحسان عند الحنفية يطلق بإطلاقين أحدهما إطلاق خاص، وهو قياس خفي وقع في مقابله قياس جلى ، ويسمى الاستحسان القياسي.

وبيانه : أن يكون فى المسألة التي ينظر الفقيه في حكمها وصفان يقتضيان قياسين متباينين :-

أحدهما : ظاهر جلي ، وهو ما يتبادر إليه الذهن ابتداءً ويحكم بمقتضاه في نظائرها.

---

(١) هو كمال الدين بن محمد عبد الواحد بن مسعود السيواسي الإسكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ولد سنة ٧٩٠هـ من تصانيفه. فتح القدير للعاجز الفقير والتحرير في أصول الفقه وغيرهما توفى سنة ٨٦١هـ (راجع شذرات الذهب ج٧ ص ٢٩٨ وما بعدها).

والثاني : خفي وهو مالا يتبادر إليه الذهن إلا بعد النظر والتأمل، فيلحقها الفقيه بالثاني مع خفائه نظراً لقوة تأثيره فيها ولا يلحقها بالأول مع ظهوره وجلائه نظراً لضعف تأثيره فيها، فإذا عدلنا عما يقتضيه القياس الظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول ، كان هذا العدول استحسانا، ويسمى الحكم الثابت به حكماً مستحسناً وثابت على خلاف القياس.

مثال ذلك : قياس سؤر سباع الطير، كالصقر، والنسر، والحدأة على سؤر الإنسان بجامع أن كلا منهما لايؤكل لحمه، وسؤر الإنسان طاهر فسؤر سباع الطير كذلك: فهذا قياس خفي قوي الأثر ، وقع في مقابلة قياس جلي ضعيف الأثر هو قياس سؤر سباع الطير، على سؤر سباع البهائم كالأسد، والفهد والذئب، بجامع أن كلا منهما لحمه نجس ، وسؤر البهائم نجس لاختلاطه باللعاب النجس فسؤر ، سباع الطير كذلك نجس، والحنفية قد أخذوا بالقياس الخفي، لأنه أقوى تأثيراً من الظاهر وأثبتوا طهارة سؤر سباع الطير وسموا ذلك استحساناً .

وفي هذا الإطلاق يقول السرخسي[1] : والاستحسان فى الحقيقة قياسان.

أحدهما : جلى ضعيف الأثر يسمى قياساً ، والآخر خفي قوي الأثر فيسمى استحسانا ، أى قياساً مستحسناً. فالترجيح إذن بالأثر لا

(1) هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسى نسبة إلى سرخس من أعمال خراسان ، من أشهر مؤلفاته المبسوط فى الفقه ، أصول السرخسي في الأصول، وشرح الجامع الصغير وغير ذلك كثير (راجع الفوائد البهية ص ١٥٨، الأعلام جـ٥ ص ٣١٥)

بالإخفاء والوضوح كالدنيا مع العقبى فإن الدنيا ظاهرة ، والعقبى باطنة وترجحت بالصفاء والخلود[1].

ثانيهما: أى الإطلاق الثاني : وهو أن الاستحسان دليل وقع في مقابلة القياس سواء كان الدليل نصاً، أو إجماعا.

مثاله : السلم فإن النص دل على جوازه والقياس الظاهر يقضي بعدم الجواز، لعدم وجود المعقود عليه عند العقد، وكذلك الاستصناع وهو طلب الصنعة لما فيه تعامل كالخف والنعل، فإن الإجماع يدل على جوازه ، والقياس الجلي يقتضي منعه، لكون المعقود عليه غير موجود وقت العقد.

وهذا الإطلاق ليس كسابقه ، فإن الإطلاق السابق كان الاستحسان فيه عبارة عن تعارض بين علتين أحدهما ظاهرة والأخرى خفية ، وأما هنا فإن التعارض ليس واقعا بين علتين، وإنما هو واقع بين علة قياس ودليل آخر غير القياس، وهذا الدليل قد يكون نصاً أو إجماعاً، أو ضرورة، وسيأتي ذكر الأمثلة عند الكلام على أنواع الاستحسان.

ويلاحظ على هذا التعريف. أن الإطلاق الأول يفتقر إلى شمول أنواع الاستحسان عند الحنفية، حيث اقتصر على نوع واحد وهو الاستحسان القياسي. والإطلاق الثاني حصر الاستحسان في هذه الأنواع الأربعة - النص، والإجماع، والقياس، والضرورة – مع أن أنواعه تربوا على الثمانية وسيأتي بيانها في ما بعد عند ذكر أنواع الاستحسان.

([1]) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣، المبسوط جـ١ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت – لبنان.

وأيما كان الأمر فإن الاستحسان بالمعنى الذي ذكره الكمال بن الهمام لا يصلح أن يكون محلا للنزاع لأنه يرجع إلى العمل بالقياس الخفي لترجحه على القياس الظاهر، أو إلى العمل بالنص أو الإجماع، وترك القياس الظاهر وليس ذلك مما ينبغي الخلاف فيه لأن العمل بالدليل الراجح متفق عليه بين جميع الأئمة، فالعمل بالاستحسان بهذا المعنى محل اتفاق، وليس فيه خروج على النصوص الشرعية، ولم ينكر أحد على أبى حنيفة الاستحسان بالأثر، والإجماع، والضرورة، لأن ترك القياس بهذه الدلائل مستحسن بالاتفاق(١).

ب- تعريف السرخسي للاستحسان:

إن الاستحسان عنده ينقسم إلى قسمين :

الأول : العمل بالاجتهاد وغالب الرأي في تقدير ما جعله الشرع موكولا إلى آرائنا،نحو المتعة المذكورة في قوله تعالى:﴿**متاعا بالمعروف حقا على المحسنين**﴾(٢).أوجب ذلك بحسب اليسار والعسرة، وشرط أن يكون بالمعروف فعرفنا أن المراد ما يعرف استحسانه بغالب الرأى ،وكذلك قوله:﴿**وعلى المولود له رزقهن وكسوتهم**

---

(١) راجع تعريف الكمال بن الهمام للاستحسان وما قيل فيه في التقرير والتحرير جـ٣ ص ٢٢٢ وما بعدها، المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥، كشف الأسرار للبخاري جـ٤ ص ٣، كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص٢٩١ وما بعدها، غاية الوصول للأنصاري ص١٤٧ ط صبيح وأولاده - بمصر، فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص ٣٢٢ ط دار الفكر، تيسير التحرير جـ٤ ص٧٨ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده- بمصر، التوضيح جـ٢ ص١٦٤، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٥٤ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٠٦ ومابعدها.

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٣٦

بالمعروف﴾[1]. ثم قال : ولا يظن بأحد من الفقهاء أنه يخالف هذا النوع من الإستحسان .

الثاني : هو الدليل الذي يكون معارضا للقياس الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل إمعان التأمل فيه، وبعد إمعان التأمل في حكم الحادثة وأشباهها من الأصول، يظهر أن الدليل الذي عارضه فوقه في القوة ، فإن العمل به هو الواجب ، فسموا ذلك استحسانا للتمييز بين هذا النوع من الدليل، وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل، على أن معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسنا لقوة دليله[2].

ويلاحظ على هذا التعريف أن القسم الأول ليس داخلا في مفهوم الاستحسان الأصولي عند الحنفية ، لأن التقديرات التي جعلها الشارع موكولة لتقدير للمجتهدين ، لا يقال إنها استحسان، لأن الاستحسان عند فقهاء الحنفية والذي فهم من كتبهم الفقهية محصور بين أمرين :

أ - ترجيح قياس خفي على قياس ظاهر.

ب- استثناء مسألة جزئية من قاعدة كلية أو ترجيح دليل والعمل به في مقابلة القياس.

والقسم الثانى : يشمل أنواع الاستحسان كلها، لأن الدليل المعارض للقياس الظاهر قد يكون نصا أو إجماعا، أو قياسا خفيا، أو ضرورة، وكلمة دليل تشمل ذلك كله.

---

(1) سورة البقرة من الآية ٢٣٣

(2) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها.

جـ- تعريف السرخسي للاستحسان في كتابه المبسوط:

عرف السرخسي الاستحسان بعدة تعاريف هى ما يلى :

١-**الاستحسان** : ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس.

٢-**الاستحسان** : طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام.

٣-**الاستحسان** : الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة .

٤-**الاستحسان** : الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، وهو أصل في الدين قال تعالى : **﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾**[1]. وغاية الاستحسان بأنواعه إنما هو ترك العسر في الأحكام عند حصوله إلى اليسر.

فالقيام في الصلاة ركن لا تصح صلاة الفريضة بدونه هذه القاعدة هي الأصل في صحة الصلاة، والقياس عليها يقتضي بطلان صلاة القاعد في الفريضة ، ولكن عُدل عن حكم القاعدة في حال المرض إلى صحة الصلاة لوجود العسر والمشقة.

وكذلك أباح الشارع الإفطار للمسافر والمريض لوجود العسر والمشقة ، وكذلك طهارة الحياض التي تنجست بوقوع البعر فيها في البراري إذا كانت النجاسة قليلة لرفع المشقة والعسر .

وكذلك المرأة عورة من رأسها إلى قدمها، ويحرم النظر إلى كل عورة، ولكن أبيح النظر استثناءً إلى بعض المواضع منها للحاجة

---

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٥

والضرورة، فكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس وتركاً للعسر إلى اليسر[١].

ويلاحظ على هذا التعريف وإن كان صحيحاً .إلا أنه أراد أن يعرف الاستحسان بغايته ومآله أو الهدف منه، وأراد أن يبين أن أصل مشروعية الاستحسان للتيسير ومنع غلو القياس. كما أن التخفيف لابد له من ضوابط ، فليست كل مشقة تستوجب العدول والاستثناء، وليس كل يسر مقبولا لدى الشائع، فإذا تحققت الضوابط والشروط اللازمة للتخفيف كان الخروج عن القواعد العامة شائعاً أيا كانت المصطلحات والأسماء.

د- تعريف البزدوي[٢] للاستحسان :

الاستحسان : هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه.

ومعنى هذا أن يكون في المسألة قياسان، أحدهما جلي ظاهر، ولكنه ضعيف الأثر لضعف علته، والآخر قياس خفي قوي الأثر، فيرجح المجتهد العمل بالقياس الخفي استحساناً لقوة علته، وهذا معنى قوله: إلى قياس أقوى منه، فالقوة منشؤها العلة[٣].

---

(١) راجع هذا التعريف وما قيل فيه في المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧.

(٢) هو على بن محمد الحسين عبد الكريم أبو الحسن فخر الإسلام البزدوي ، نسبة إلى بزدة ببلاد ما وراء النهر، تبحر في الفقه الحنفي وأصوله، ومن مؤلفاته أصول البزدوى، وغناء الفقهاء، وتفسير في القرآن وغيرها. توفي سنة ٤٨٢هـ (راجع الأعلام جـ٤ ص ٣٢٨)

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٦ ، التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨ الناشر الكليات الأزهرية.

ويلاحظ على هذا التعريف. بأنه غير جامع لأنه غير شامل لأنواع الاستحسان عند الحنفية، لأنهم يرون أن أنواع الاستحسان. العدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب، أو السنة ، أو العادة.

يقول الآمدي في الاعتراض على هذا التعريف: ويخرج منه الاستحسان عندهم بالعدول عن موجب القياس إلى النص من الكتاب،أو السنة، أو العادة.

أما الكتاب:

فكما في قول القائل " مالي صدقة " فإن القياس لزوم التصدق بكل مال له، وقد استحسن تخصيص ذلك بمال الزكاة كما في قوله تعالى : ﴿**خذ من أموالهم صدقة**﴾[1]. ولم يرد به سوى مال الزكاة.

وأما السنة:

فكاستحسانهم أن لا قضاء على من أكل ناسيا في نهار رمضان، والعدول عن حكم القياس إلى قوله ﷺ لمن أكل ناسيا "الله أطعمك وسقاك"[2].

---

(1) سورة التوبة من الآية ١٠٣

(2) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث رقم ١٩٣٣ ، كتاب الصوم - باب الصائم إذا أكل أو شرب ناسيا. ط دار المعرفة - بيروت لبنان).

وأما العادة:

فكالعدول عن موجب الإجازات في تقدير الماء المستعمل في الحمام،وتقدير السكنى فيها، ومقدار الأجرة للعادة في ترك المضايقة في ذلك[1].

وقال ابن الحاجب[2] بعد ذكره التعريف السابق: وهذا مما لا نزاع في قبوله[3] بناء على أنه نوع من أنواع الاستحسان

هـ- تعريف صدر الشريعة[4] للاستحسان:

الاستحسان : هو دليل يقابل القياس الجلي[5].

ومعنى هذا التعريف : أن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليل، عندما يتجاذب المسألة دليلان أحدهما عام والآخر جاري مجرى سنن القياس ويدخل بكلمة دليل في التعريف أنواع الاستحسان عند الحنفية، لأن الدليل قد يكون نصاً أو إجماعا أو قياسا خفياً.

---

(1) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١ وما بعدها.

(2) هو أبو عمرو عثمان بن عمر أبي بكر الزويني فقيه، مالكي، كردي الأصل ولد في إسنا بصعيد مصر سنة ٥١٧ هـ من مؤلفاته مختصر ابن الحاجب في الأصول، ومنتهى الأمل من علمي الأصول والجدل وغيرها (راجع الفتح المبين جـ٢ ص ٦٥ وما بعدها ، حسن المحاضرة جـ١ ص ٢٥٠ ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ).

(3) راجع مختصر ابن الحاجب بشرح العضد جـ٢ ص ٢٨٨

(4) هو عبيد الله بن مسعود بن محمود بن عبيد الله بن محمود – صدر الشريعة المحبوبي الحنفي فقيه أصولي له مصنفات كثيرة توفي – رحمه الله – سنة ٧٤٧هـ (راجع طبقات الأصوليين جـ٢ ص ١٦١، مفتاح السعادة جـ٢ ص ١٩٠).

(5) راجع التوضيح جـ٢ ص ١٦٢

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ذكر كلمة دليل مطلقة في المقابلة دون ذكر الترجيح ، ولو قال الاستحسان هو العمل بالدليل الذي يقابل القياس الجلي لكان أولي لبيان حقيقة الاستحسان .

وعرفه بعضهم بأنه عبارة عن تخصيص قياس بدليل أقوى منه.

ويلاحظ على هذا التعريف أن الاستحسان تخصيص العلة والاستحسان ليس بتخصيص[1].

هذا وبعد ذكر تعريف المتقدمين والمتأخرين من الحنفية للاستحسان يتبين أن الاستحسان ليس قولا بالهوى والتشهي من غير دليل وإنما هو دليل شرعي راجع في جملته إلى الأدلة الشرعية. ويعجبني في هذا المقام ماجاء في البحر المحيط: " واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع، وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة[2]، فأبو حنيفة أجل قدراً، وأشد ورعاً من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسنه من دليل قام عليه شرعاً ، فكان الطعن فيه من غير روية، وقدح من غير وقوف على المراد[3].

٣- تعريف الاستحسان عند المالكية

اشتهر الإمام مالك ﷺ بالقول بالاستحسان ، ولكن لم ينقل عنه تحديد هذا الاستحسان ، بل إطلاق هذه اللفظة في بعض المسائل وإن لم تكن كثيرة كثرتها في الفقه الحنفي . ويظهر أنه كان يكتفي بالمعنى

---

(١) راجع المرجع السابق، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ص٣، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٢ وما بعدها.

(٢) راجع البحر المحيط للزركشي جـ٨ ص ٩٧

(٣) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٢ ص ٣

ويترك العنوان في غالب الأحيان، على نهج القول بالمصالح، حيث فاق الأقران في الإفتاء بها واعتبارها، حتى اشتهرت به واشتهر بها. وليس معنى هذا أن يقول في كل فتوى : هذا الحكم لمصلحة هي كذا، أو الدليل على هذا هي المصلحة .

ولعل القائلين إنه لم يقل بالاستحسان إلا فى مسائل معدودة يعنون بها المسائل التى صرح فيها بلفظة الاستحسان. وإلا فما معنى قوله " الاستحسان تسعة أعشار العلم "[١]. وكذلك لم يحدد التلاميذ الأولون هذا الاستحسان حيث لم يوجد حاجة إلى مثل هذا التحديد، بل قال أصبغ بن فرج المالكي " الاستحسان في العلم قد يكون أغلب من القياس " وقد بالغ فيه فقال " إن المغرق في القياس يكاد يفارق السنة ، وأن الاستحسان عماد العلم "[٢].

ولما قامت الخصومات حول الاستحسان وهل هو دليل شرعي أولا ؟ .عرفوه مع اختلاف في العبارات، كل يذهب إلى ناحية، والظاهر أنهم قصدوا إثبات أنه غير خارج عن الأدلة، ونفى أنه تشريع بالهوى ، ولم يقصدوا تفصيل أنواعه واستيعابها، وعباراتهم فى التعريف تبدو متقاربة لاتختلف إلا في العموم والخصوص[٣]. وإليك بعضاً منها.

---

(١) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩

(٢) راجع الاعتصام جـ٢ ص ١٣٨

(٣) راجع تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي جـ٣٦٥ وما بعدها ط الأزهر.

أ- تعريف ابن العربي للاستحسان :

عرف ابن العربي[١] الاستحسان بأنه عبارة عن :

" إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته " وقسمه أقساما أربعة وهي: ترك الدليل للعرف، وتركه للإجماع، وتركه للمصلحة ، وتركه لليسير التافه لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق[٢].

وقال في أحكام القرآن " الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين ، فالعموم إذا استمر، والقياس إذا اطرد ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان، من ظاهر أو معنى ، ويستحسن مالك أن يخص بالمصلحة، ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس، ويريان معا تخصيص القياس ونقص العلة [٣].

ب- تعريف ابن رشد للاستحسان :

عرف ابن رشد[٤] الاستحسان فقال : " الاستحسان الذى يكثر استعماله، هو طرح القياس الذى يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه،

---

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله الأندلسي المالكي ولد سنة ٤٦٨هـ من تصانيفه المحصول في الأصول، والإنصاف في مسائل الخلاف، والأحكام وغير ذلك توفي سنة ٥٤٣هـ ودفن بفارس (راجع معجم المؤلفين جـ١ ص ٢٤٢ وما بعدها، الأعلام جـ٦ ص ٢٣٠)

(٢) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨

(٣) راجع المرجع السابق : حيث نقله الشاطبي عن ابن العربي وإن كان لايوجد في أحكام القرآن الكريم له.

(٤) هو محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، أفقه أهل الأندلس، من تصانيفه المقدمات لأوائل كتب المدونة ، البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل، مختصر المبسوط وغيرها توفي سنة ٥٢٠ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٤ ص ٦٢)

فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص بـــه ذلـك الموضع. ثم قال: الحكم بغلبة الظن أصل في الأحكام. وهذا كمـــا تــرى خاص إن فُسر القياس بمعناه المعروف عند الأصوليين ، وأما إن فُســـر بالمعنى الأعم كان مرادفاً لتعريف ابن العربي السابق[1].

جـ- تعريف الشاطبي وبعض المالكية للاستحسان:

عرف الشاطبي[2] وغيره الاستحسان :بأنـــه اســتعمال مصلحـــة جزئية في مقابلة قياس كلي ، فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس.

ومعنى هذا التعريف: أن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقـه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة في أمثـــال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضي القياس فيها أمـــرا إلا أن ذلك الأمر يؤدي إلى فوات مصلحة من جهة أخري ، أو جلـــب مفســدة كذلك[3].

مثال ذلك : لو اشترى سلعة بالخيار ثم مات وله ورثة فقيل يرد، وقيـل: يختار الإمضاء. وقال أشهب[4]: القياس الفسخ، ولكنا نستحســـن إن أراد الأمضاء أن يأخذ الأرش من لم يمض إذا امتنع البائع من قبول نصيـــب

---

(1) راجع الاعتصام جـ٢ ص ١٣٩ ط دار الفكر- مالك لأبي زهرة ص ٢٩٨ ط دار الفكر العربي

(2) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمى الغرناطي المالكي الشهير بالشاطبي أبو اسحاق- محدث، فقيـه، أصـولي ، مفسر من مؤلفاته عنوان التعريف بأسرار التكليف في الأصول، والموافقات في أصول الأحكام، والاعتصام وغيرهـا توفي سنة ٧٩٠هـ (راجع شجرة النور الزكية ص ٢٣١)

(3) راجع الموافقات جـ٤ ص ٣٠٦، البحر المحيط جـ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

(4) هو أبو عمر بن عبد العزيز بن داود القيس العامري المصري إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر بعد موت ابن القاسـم ، ولد في سنة ١٤٠هـ وتوفى ٢٠٤هـ (راجع الأعلام جـ١ ص ٣٣٣ ، وفيات الأعيان جـ١ ص ٢٣٨).

الراد وقال ابن القاسم[١]: قلت لمالك : لم يقضي بالشاهد واليمين في جراح العمد الأموال[٢].

د- تعريف أشهب المالكي وبعض المالكية للاستحسان:

فقد عرفوا الاستحسان بأنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس. كدخول الحمام، والشرب من السقا، مما لا يحدد فيه زمان الانتفاع ولا مقدار المأخوذ من الماء.

ويلاحظ على هذا التعريف : أن العادة إذا كانت ثابتة في زمنه عليه الصلاة والسلام فقد ثبت الحكم بالسنة لا بالاستحسان، وإن كانت في عصر الصحابة من غير إنكار منهم فإجماع، وإن كانت غير عادة ، فإن كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجيته فقد ثبت بذلك مثل القرض والعرية، وكذا سائر الترخصات التي وردت أدلتها بالنص أو القياس[٣].

هـ- تعريف محمد بن خويز منداد للاستحسان:

عرف ابن منداد[٤] الاستحسان : فقال الاستحسان الذى ذهب إليه أصحاب مالك هو " القول بأقوى الدليلين "

مثال ذلك : تخصيص بيع العرايا من بيع الرطب بالتمر، وتخصيص الرعاف دون القئ بالبناء للحديث فيه، وذلك لأنه لو لم ترد سنة بالبناء

---

(١) هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم ولد سنة ١٣٢هـ أثبت الناس في مذهب الإمام مالك، وأعلمهم بأقواله، صحبه عشرين سنة توفى سنة ١٩١هـ (راجع شجرة النور الزكية ص ٥٨، الفتح المبين جـ١ص ١٢٠).

(٢) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

(٣) راجع هامش الموافقات جـ٤ ص ٢٠٦، شرح العضد على المختصر جـ٢ ص ٢٨٨

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز بن منداد الإمام العالم المتكلم، الفقيه، الأصولي، له مصنفات عديدة في الخلاف والأصول، وأحكام القرآن (راجع شجرة النور الزكية ص ١٠٣)

فى الرعاف لكان في حكم القئ في أنه لا يصح البناء، لأن القياس يقضى تتابع الصلاة ، فإذا أوردت السنة في الرخصة بترك التتابع في بعض المواضع صرنا إليه، وأبقينا الباقي على الأصل قال : وهذا الذي ذهب إليه هو الدليل، فإن سماه استحسانا فلا مشاحة في التسمية[1].

وبعد، فهذه تعريفات المالكية للاستحسان ، وهى قريبة من بعضها في المعنى ، ومنها يتبين لنا مايلى:

١- إن الاستحسان عند المالكية ذو وجوه عديدة ، وأكثر ما يكون الاستحسان عندهم عندما يظهر أن موجب القياس يؤدي إلى حرج، فيأتي الاستحسان لدفع هذا الحرج الناشئ من إطراد القياس، كما ورد في تعريف ابن رشد.

٢- إن الاستحسان قد يأتي عند المالكية في بعض الأحيان ليثبت حكما على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة ، فهو حكم جزئي في مقابلة دليل كلى . وذلك مثل إجازة القرض دفعا للحرج والمشقة ، فإنه ربا فى الأصل ، لأن الدرهم بالدرهم إلى أجل أبيح لما فيه من التوسعة والرفق بالخلق[2]. كما ورد في تعريف الشاطبي ، وكذلك الإفتاء بقبول شهادة الشاهد غير العدل في البلد الذي لا يوجد فيه عدول . ترخصا من قاعدة عامة يؤدي إطرادها إلى وقوع ضرر فيأتي الاستحسان ليدفعه.

---

(١) راجع هامش الموافقات جـ٤ ص ٢٠٦ - البحر المحيط جـ٨ ص ٩٧، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧.

(٢) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٦

٣- إن الاستحسان عند المالكية له وجه آخر أكثروا منـــه وهــو تقديــم الاستدلال المرسل على القياس عند التعارض، وهنا يرجع المجتـــهد إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة إلى المصلحة التى بنى عليها اجتهاده، فالقياس هنا يقتضي حكما يؤدى إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة، فيقدم المالكية هنا العمل بالمصلحة الراجحة التي هى مقصــد الشارع على حكم القياس، وعلى هذا المعنـــى بنـــى الإمـــام مـــالك وأصحابه كثيرا من الأحكام الاجتهادية.

٤- إن الاستحسان عندهم ليس تشريعا بالرأي والهوى ، وإنما هو تــرك الدليل لدليل أقوى منه يعارضه في بعض مقتضياته، ذلك الدليل قــد يكون إجماعا ، وقد يكون عرفا، أو مصلحة مرسلة. وهذا مـــا ورد في تعريف ابن العربي.

٥- إن المالكية أحيانا يمثلون بأمثلة للاستحسان مرة وللمصالح المرســلة مرة أخرى ، وملحظهم في ذلك الاعتبار، فباعتبار إخراجـــها عــن عموم الدليل سموها استحسانا، وباعتبار أنه لم يرد فيها نص معيــن ولم يرد من الشارع اعتبارها بذاتها، أو إلغاؤها ســـموها مصلحــة مرسلة.

٦- إن الاستحسان عند المالكية غير خارج عن إطار الأدلة الشرعية .

قال الشاطبي : " وإذا كان هذا معناه عند مالك وأبى حنيفة فليــس بخارج عن الأدلة ألبتة ،لأن الأدلة يقيد بعضها بعضا، ويخصص بعضها

بعضا، كما في الأدلة السنية مع القرآنية، ولا يرد الشافعي مثل هذا أصلا[1].

وقال بعد ذكره تعريف الاستحسان وذكر أمثلة له : "وهذا يوضح لك أن الاستحسان غير خارج عن مقتضى الأدلة، إلا أنه نظر في لوازم الأدلة ومآلاتها[2].

وأرى أن التعريف الأقرب إلى الصواب من التعريفات السابقة للاستحسان عند المالكية : هو استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي. فهو تقديم الاستدلال المرسل على القياس، كما يؤخذ من مجموع كلامهم في الاستحسان والمصالح.

كما أن الاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلا للخلاف، ولا يرفضه فقيه ، فهو محل اتفاق وغير خارج عن الأدلة الشرعية.

وهذا ما رجحه الشاطبي فقال:" إن الاستحسان المالكي معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس[3]وقال الإبياري : والذي يظهر من مذهب مالك القول بالاستحسان لا على ما سبق بل حاصله استعمال مصلحة جزئية في مقابله قياس كلي ، فهو يقدم الاستدلال المرسل على القياس[4] أ هـ.

---

(1) راجع الاعتصام جـ٢ ص ١٣٩

(2) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٩

(3) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٦

(4) راجع البحر المحيط ص ٩٨، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٧

وقال الشيخ أبو زهرة[١]: بعد ذكره تعاريف المالكية للاستحسان " "وخلاصته عندهم أنه استعمال مصلحة جزئية في موضوع يعارضه فيها قياس عام [٢] أ هـ.

٣- تعريف الحنابلة للاستحسان

إن الناظر في أصول الاستنباط في الفقه الحنبلي يجد أن الإمام أحمد – رحمه الله – قد أخذ بالاستحسان كمبدأ اجتهادي ، ولكنه لم يتوسع فيه توسع الحنفية والمالكية ، ولعل المسائل الاستحسانية التي ذكرها علماء الحنابلة في كتبهم قليلة ومعدودة . ولعل السبب في ذلك تأثر الإمام أحمد بشيخه الإمام الشافعي رضى الله عنهما.

وقد ورد عن الإمام أحمد ما يدل على بطلان الاستحسان ، وإنكار العمل به ، ولكن الاستحسان الذي قصده هو الاستحسان الذي لا يعتمد على دليل شرعي، بل المعتمد على العقل المجرد والتشهي ، وأما الاستحسان الذي يعتمد على دليل من الشرع، فلم ينكره بل عمل به في بعض فروعه فلذلك قال: أنا أذهب إلى كل حديث جاء ولا أقيس عليه" ومعنى هذه العبارة أنه يترك القياس بالخبر وهذا هو الاستحسان[٣].

---

(١) هو محمد بن أحمد أبو زهرة من أكابر علماء الشريعة الإسلامية في عصره ولد بالمحلة الكبرى سنة ١٣١٦هـ من مصنفاته تاريخ الجدل في الإسلام، أصول الفقه، مذكرات في الوقف، نظرية العقد في الشريعة الإسلامية وغيرها (راجع الأعلام جـ٦ ص ٢٥)

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ ط دار الفكر العربي – القاهرة.

(٣) راجع الكوكب المنير جـ٤ ص ٣٤٠، روضة الناظر وشروحها جـ١ ص ٤٠٧، المسودة ص ٤٥٢

وجاء في المسودة : وقد أطلق أحمد القول بالاستحسان في مواضع[١] أ هـ.

وقال الآمدي : وقد اختلف فيه فقال به أصحاب أبى حنيفة وأحمد ابن حنبل[٢] أ هـ.

وقال ابن مفلح[٣]: أطلق أحمد القول به في مواضع[٤]أ هـ.

هذا وقد وردت عن الحنابلة تعريفات كثيرة ومختلفة للاستحسان في كتب أصول الحنابلة بعضها مقبول وبعضها مردود، وأغلب هذه التعريفات تتوافق مع ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في تعريفهم للاستحسان، وها نحن نذكر بعضا منها :

تعريف ابن قدامة للاستحسان :

عرف ابن قدامة[٥] الاستحسان بثلاثة معان:

أحدها : العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة[٦]، والاستحسان بهذا المعنى دليل عام من كتاب أو سنة عارض

---

(١) راجع المسودة ص ٤٥١

(٢) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٠٩

(٣) هو أقضى القضاة برهان الدين أبو اسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلى الشيخ الإمام ، صنف شرح المقنع في الفقه، وصنف كتابا في الأصول توفي سنة ٨٨٤هـ (راجع شذرات الذهب جـ٧ ص ٣٣٨ وما بعدها)

(٤) راجع الكوكب المنير جـ٤ ص ٣٤٠ وما بعدها.

(٥) هو محمد بن أحمد بن عبد الهادي شمس الدين أبو عبد الله بن قدامة المقدسي من كبار الحنابلة، صنف ما يزيد على سبعين كتاباً منها العقود الدرية في مناقب ابن تيمية، المحرر، ومسند في الحديث وغيرها توفي سنة ٦٨٢هـ (راجع الأعلام جـ٥ ص ٣٢٦، شذرات الذهب جـ٦ ص ١٤١)

(٦) راجع روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٧

دليلا خاصاً، وخصصه ، وليس هناك خلاف بين الفقهاء في تخصيص العام إذا صح الخاص .

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع لمعاني الاستحسان ، لأنه قصره على استحسان النص، كما يترتب عليه كون العدول من المنسوخ إلى الناسخ ، وعن العموم إلى الخصوص استحسانا وهو ليس كذلك[1].

الثاني: ما يستحسنه المجتهد بعقله[2]:

وهذا التعريف باطل، لأنه أرجع الاستحسان- وهو دليل شرعي – إلى عقل المجتهد واجتهاده وهذا الاجتهاد مبني على الهوى التشهي. حيث يجعل غير العالم بنصوص الكتاب والسنة مجتهداً[3].

وفي هذا المعنى يقول الإمام الغزالي :إنا نعلم قطعاً، إجماع الأمة قبلهم أن العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة ، والاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى المجرد- وهو كاستحسان العوام، ومن لا يحسن النظر. فإنه إنما جاز الاجتهاد للعالم دون العامي ، لأنه يفارقه في معرفة أدلة الشرع، وتمييز صحيحها من فاسدها، وإلا فالعامي أيضا يستحسن، ولكن يقال لعل مستند استحسانك وهم وخيال لا أصل له، ونحن نعلم أن النفس لا تميل إلى الشئ إلا بسبب مميل إليه، لكن السبب ينقسم إلى ما هو وهم وخيال إذا

(١) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٢

(٢) راجع روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٧، المستصفي جـ١ص ٢٧٤ وما بعدها.

(٣) يلاحظ أن هذا التعريف حكاه الشافعي عن أبي حنيفة لكن الحنفية ينكرون هذا التفسير لما فيه من الشناعة (راجع البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٣، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣١

عرض على الأدلةِ لم يتحصل منه طائل، وإلى ما هو مشهور من أدلة الشرع، فلم يميز المستحسن ميله عن الأوهام، وسوابق الرأى، إذا لم ينظر في الأدلة، ولم يأخذ بها.

فأبعد استحسان المجتهد عن الأوهام – ورجع به إلى الأدلة الشرعية – فخرج باستحسان المجتهد عن الحكم بالهوى[1].

على أن هذا التعريف لا يصلح فى الحقيقة أن يكون محلا للنزاع بين أحد من الأئمة ،لأن خلاصته : أنه قول في الدين من غير دليل شرعي بل بالهوى والتشهي،وقد سبق القول بأن الأمة متفقة على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بميله وهواه من غير دليل شرعي .

الثالث : دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على التعبير عنه[2].

وهذا التعريف متفق مع تعريف الاستحسان عند متقدمي الحنفية وقد تقدم الكلام عنه سابقاً.

---

(1) راجع المستصفي جـ١ ص ٢٧٥ وما بعدها.

(2) راجع تعريف ابن قدامة للاستحسان في روضة الناظر جـ١ص ٢٠٨، المسودة ص ٤٥٢، شرح الكوكب جـ٤ ص ٣٤٠، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٠، شرح العضد على المختصر جـ٢ ص ٢٨٨، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٣، نفائس الأصول جـ٩ ص٤٠٢٧، المنخول ص ٤٧٧ ط دار الفكر بيروت – لبنان، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان، إرشاد الفحول ص ٢٤١

ب- تعريف أبو الخطاب للاستحسان:

عرف أبو الخطاب الاستحسان فقال : والذي يقتضيه كلام أصحابنا أن يكون حد الاستحسان العدول عن موجب القياس إلى دليل أقوى منه[١].

وهذا التعريف يشمل بعمومه أنواع الاستحسان فموجب القياس يشمل القياس الظاهر، كما يشمل القواعد العامة.

جـ- وعرفه بعض الحنابلة فقالوا: الاستحسان ترك الحكم إلى حكم هو أولى منه[٢] .ويلاحظ أن هذا التعريف أنه خارج عن معاني الاستحسان ، لأنه لا يقال للأحكام بعضها أولى من بعض أو أقوى من بعض، وإنما القوة والأولوية تكون للأدلة.

د- وعرفه بعضهم: بأنه ترك القياس إلى قياس أولى منه[٣].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع ، فهو يشمل أحد وجوه الاستحسان فقط وهو الاستحسان القياسي.

هذا وبعد عرض بعض تعريفات الحنابلة للاستحسان نجد أن هناك شبه تطابق فيما بينهم وبين الحنفية في هذه التعريفات ولعل ذلك راجع لكون الذين تعرضوا للاستحسان عند الحنابلة كانوا من المتأخرين ، وقد اطلعوا على معنى الاستحسان بعد أن ضبط واستقر عند متأخري الحنفية.

---

(١) راجع المسودة ص ٤٥٢

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) راجع المسودة ص ٤٥٣

ولعل أقرب التعريفات إلى الصواب من تعريفات الحنابلـــة هــو تعريف أبو الخطاب القائل بأن الاستحسان :هو العـــدول عــن موجــب القياس إلى دليل أقوى منه لشموله أنواع الاستحسان .

- تعريف أبو الحسين البصري للاستحسان

عرف أبو الحسين البصري[1] الاستحسان بأنه : ترك وجــه مــن وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو فـــي حكم الطارئ على الأول .

فقوله : غير شامل شمول الألفاظ يخرج العام ، فإن العام إذا تـوك لوجه من وجوه الاجتهاد كالقياس مثلا لا يكون استحساناً إنما يكون ذلــك تخصيصاً للعام بالقياس.

وقوله : لوجه أقوى يكون كالطارئ على الأول . قصد به إخــراج ترك أحد القياسين للقياس الآخر فلا يسمى ذلك استحساناً ، لأن القيـــاس الذي عمل به ليس طارئاً على الأول ، بل هو موجود ابتداءً.

مثال ذلك :بيع العنب بالزبيب فإنه قد ثبت تحريم بيعه سواء أكــان على الشجر أم لا،قياساً على الرطب.ثم إن الشارع قد رخص في جــواز بيع الرطب على النخل بالتمر اليابس-لما فيه من الرفق ورفـــع الحــرج

(١) هو محمد بن علي الطيب البصري أحد أئمة المعتزلة، وكان يشار إليه بالبنان في علم الأصول والكلام من تصانيفــه المعتمد في الأصول، وشرح الأصول الخمسة ، وله كتاب في الإمامة وأصول الدين توفي ببغداد ســـنة ٤٣٦هـــ (راجع الفتح المبين جــ١ ص ٣٧٧ ، شذرات الذهب جــ٣ ص ٢٥٩).

قسنا عليه العنب في هذه الحالة، وتركنا القياس الأول لأنه ليس في حكم الطارئ ، ولكن القياس الثاني أقوى[1].

وقد اعترض عليه: بأن حاصله يرجع إلى أن الاستحسان هو تخصيص العلة وهو المعبر عنه بالنقض، وليس ذلك مما انفرد به الحنفية ولك أن تقول : هو بهذا التفسير أعم من تخصيص العلة فإنه رجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه ، وذلك أعم.

وفي الاعتراض على هذا التعريف يقول البيضاوي:وهذا يقتضي أن تكون الشريعة كأنها استحسان،لأن البراءة الأصلية مقتضى العقل، وإنما يترك ذلك لدليل أقوى منه،وهذا الأقوى في حكم الطارئ على الأول :

ثم قال ينبغي أن يزاد في حكم الحد قيد آخر فيقال: ترك وجه من وجوه الاجتهاد مغاير للبراءة الأصلية واللفظية بوجه أقوى منه وهو في حكم الطارئ على الأول[2].

(١) راجع تعريف أبو الحسين البصرى فى نهاية السول جـ٣ ص ١٤١، والابهاج جـ٣ ص ٢٠٢ وما بعدها، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٢

(٢) راجع الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٢ وما بعدها.

وأجاب الصفي الهندي [١] على ما ذكره البيضاوي بقوله : فإن البراءة الأصلية ليست وجها من وجوه الاجتهاد ، إذ هي معلومة أو مظنونة من غير اجتهاد ، فلا حاجة إلى ما ذكره من التقييد[٢].

يقول الآمدي بعد ذكره التعريف السابق : وهذا الحد وإن كان أقرب مما تقدم لكونه جامعا مانعا ، غير أن حاصله يرجع إلى تفسير الاستحسان بالرجوع عن حكم دليل خاص إلى مقابله بدليل طارئ عليه أقوى منه، من نص، أو إجماع، أو غيره ، ولا نزاع في صحة الاحتجاج به، وإن نوزع في تلقيبه بالاستحسان ، فحاصل النزاع راجع فيه إلى الاطلاقات اللفظية، ولا حاصل له[٣] أ هـ.

والاستحسان بهذا المعنى لا يصلح أن يكون محلا للنزاع كذلك،لأن حاصله أن المجتهد يترك العمل بالدليل الخاص لوجود دليل طارئ عليه أقوى منه، وليس ذلك مما ينازع فيه أحد، لأن العمل بالراجح مجمع عليه.

هذا ومن الصراحة أن أقول : إنني بعد هذه الجولة في ذكر أهم تعاريف الاستحسان ، أجدني مضطرا إلى القول بما قاله أكثر الأصوليين. من أنه في الحقيقة لا يتحقق معنى للاستحسان يصلح أن يكون محلا للنزاع هنا – ولا يعدو أن يكون خلافا لفظيا يرجع إلى

---

(١) هو محمد بن عبد الرحيم الملقب بصفي الدين الهندي الفقيه الشافعي الأصولي ولد بالهند سنة ٦٤٤هـ ، ورحل إلى دمشق، كان فقيها أصوليا متكلما أديبا ، من تصانيفه الزبدة في الكلام، والفائق في الأصول، توفى بدمشق سنة ٧١٥ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٦ ص٣٦، الفتح المبين جـ٢ ص١١٥، البداية والنهاية جـ١٤ ص٧٤.

(٢) راجع الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٢

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٣

التسمية فقط ، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها مردود اتفاقاً ، وبعضها متردد بين القبول والرد يقول الشوكاني[1]: " إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل، ولا أحد يقول به، وإن كان تفسير الاستحسان بالعدول عن دليل إلى دليل أقوى منه فهذا مما لا ينكره أحد أ هـ.

وقال جماعة من المحققين : " الحق أنه لا يتحقق استحسانٌ مختلف فيه، لأنهم ذكروا في تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا، وبعضها متردد بين ما هو مقبول اتفاقا، وما هو مردود اتفاقا، وجعلوا من صور الاتفاق على القبول قول من قال : إن الاستحسان العدول عن القياس إلى قياس أقوى ، وقول من قال: إنه تخصيص قياس بأقوى منه، وجعلوا من التردد بين القبول والرد . قول من قال : إنه دليل ينقدح في نفس المجتهد ويعسر عليه التعبير عنه، لأنه إن كان معنى قوله ينقدح أنه يتحقق ثبوته، والعمل به واجب عليه فهو مقبول اتفاقا ، وإن كان بمعنى أنه شاك، فهو مردود اتفاقاً ، إذ لا تثبت الأحكام بمجرد الاحتمال والشك وجعلوا من التردد أيضا قول من قال: إنه العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس فقالوا: إن كانت العادة هى الثابتة من زمن النبي ﷺ فقد ثبت بالسنة ، وإن كانت هي

---

(1) هو محمد بن علي بن محمد عبد الله الشوكاني فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء- من مؤلفاته- نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، وإرشاد الفحول في الأصول وغيرها توفي سنة ١٢٥٠هـ (راجع الأعلام جـ٦ ص ٢٩٨).

الثابتة في عصر الصحابة من غير إنكار فقد ثبت بالإجماع، وأما غيرها فإن كان نصاً أو قياساً مما ثبتت حجيته، فقد ثبت ذلك به، وإن كان شيئاً آخر لم تثبت حجيته فهو مردود قطعاً[1].

وفي هذا المعنى يقول ابن السمعاني[2] : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل، فهو باطل، ولا يقول به أحد، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه، فهذا مما لا ينكره أحد. أ هـ.

وما أسندوه إلى أبي حنيفة من أن الاستحسان حجة عنده، فإنما هو القياس الخفي في مقابل القياس الجلي وليس القول في الدين بالهوى والتشهي[3].

وقال الزركشي[4]: واعلم أنه إذا حرر المراد بالاستحسان زال التشنيع وأبو حنيفة برئ إلى الله من إثبات حكم بلا حجة[5]. أ هـ.

---

(1) راجع إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

(2) هو الحافظ أبو سعد السمعاني تاج الإسلام عبد الكريم بن محمد بن منصور المروزي الشافعي – محدث المشرق وصاحب التصانيف والفوائد الغزيرة والرحلة الواسعة توفي سنة ٥٦٢ هـ (راجع شذرات الذهب ص ٢٠٣ العبر جـ٣ ص ٣٨، البداية جـ١٣ ص ٢٥)

(3) راجع نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٨، الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٣.

(4) هو بدر الدين أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي ولد في سنة ٧٤٥هـ من تصانيفه تكملة شرح المنهاج للإسنوي، البحر المحيط في الأصول، وشرح جمع الجوامع لابن السبكي وغيرها توفي سنة ٧٩٤ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٦ ص ٣٣٤)

(5) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ٩٧

وقال البزدوي – دافعا عن الإمام أبى حنيفة هذه التهمة : " وأبو حنيفة– رحمه الله تعالى – أجل قدرا ، وأشد ورعا من أن يقول في الدين بالتشهي ، بل عمل بما استحسنه من دليل قام عليه شرعا[1]. أ هـ

وقال العضد[2]:"والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه[3].أهـ.

وقال الإسنوي[4]:وقد تلخص من هذه المسألة أن الحق ما قاله ابن الحاجب وأشار إليه الآمدي :أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه[5].أهـ.

وقال المحلي[6] يعد ذكره التعاريف والجواب عنها . فلم يتحقق معنى للاستحسان مما ذكر يصلح محلا للنزاع[7].أهـ.

ثم نبه ابن السمعاني على أن الخلاف بيننا وبينهم لفظي، فإن تفسير الاستحسان بما يشنع عليهم لا يقولون به. والذي يقولون به إنه العدول في الحكم من دليل إلى دليل أقوى منه. فهذا مما لم ينكره أحد

---

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ ص ٣ وما بعدها.

(٢) هو عبد الرحمن بن أحمد عبد الغفار بن أحمد الإيجى الملقب بعضد الدين العلامة الشافعى الأصولى المتكلم الأديب، من تصانيفه رسالة في علم الوضع وشرح مختصر ابن الحاجب في الأصول ، والمواقف في أصول الدين توفي سنة ٧٥٦ هـ (راجع طبقات الشافعية لابن السبكي جـ١٠٨، الأعلام جـ٢ص ٤٨٤،الفتح المبين جـ٢ ص ١٦٦).

(٣) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨

(٤) هو الإمام عبد الرحيم بن الحسن بن على بن إبراهيم الأموى الشيخ جمال الدين أبو محمد الإسنوى نسبه إلى إسنا وهى مدينة بأقصى الصعيد بمصر من مصنفاته التمهيد في الأصول، ونهاية السول، وغيرهما توفي سنة ٧٧٢ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٦ ص ٢٢٣، حسن المحاضرة جـ١ ص ٢٤٢)

(٥) راجع نهاية السول جـ٣ ص ١٤١، مختصر ابن الحاجب جـ٢ص ٢٨٨، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٣

(٦) هو محمد بن أحمد بن إبراهيم بن أحمد بن هاشم الجلال المحلى نسبة للمحلة الكبرى من الغربية ولد سنة ٧٩١هـ من مصنفاته البدر الطالع شرح جمع الجوامع، وشرح الورقات، مختصر التنبيه وغير ذلك كثير توفي سنة ٨٦٤ (راجع شذرات الذهب جـ٧ ص ٣٠٣، الفتح المبين جـ٣ ص ٤ الناشر محمد أمين دمج – بيروت – لبنان).

(٧) راجع شرح المحلى على جمع الجوامع جـ٢ ص ٣٥٣ ط دار الكتب العلمية- بيروت – لبنان.

لكن هذا الاسم لا نعرفه اسما لما يقال به بمثل هذا الدليل. وقريب منه قول القفال[1]: إن كان المراد بالاستحسان ما دل عليه الأصول لمعانيها فهو حسن، لقيام الحجة له وتحسين الدلائل، فهذا لا ننكره ونقول به. وإن كان ما يقبح في الوهم من استقباح الشئ واستحسانه بحجة دلت عليه من أصل ونظير، فهو محظور والقول به غير سائغ[2].

وبعد أن ذكرنا أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، إلا أن سبب خلاف العلماء في تعريف الاستحسان يرجع إلى أن العلماء الذين قالوا به لم يذكروا تعريفا له مضبوطا في الفترة الأولى التى استعملوا فيها لفظ الاستحسان كاصطلاح ، حيث كان الكثير من الاصطلاحات لم تدون وتحدد بشكلها ومعناها الذي استقرت عليه أخيرا فى عهد المتأخرين من العلماء ومن تلاميذهم ومن بعدهم الذين بينوا معناه وضبطوه حتى اتضحت حقيقته لمن انتقده وأنكره، وذلك بعد النظر في مناحي أئمتهم والفروع المخرجة على الاستحسان.

أما بعد ما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصا كان، أو إجماعا أو قياسا خفيا إذا وقع في مقابلة القواعد القياسية فهو حجة من غير تصور خلاف.

---

(1) هو محمد بن على بن إسماعيل الشاشى القفال أبو بكر الشافعي عالم في الفقه والحديث واللغة والأدب ولد سنة ٢٩١هـ في الشاس وراء نهر سيحون له مصنفات عديدة في الفقه وأصوله توفي سنة ٣٦٥ هـ (راجع شذرات الذهب جـ٣ ص ٥١، الفوائد البهية ص ١٠٣)

(2) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ٩٩، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٢٨ .

كما أن من العلماء من نظر إلى الاستحسان بمعناه اللغوي ، وهــو من أثبت حكما مستحسنا من عنده بغير دليل من الشرع مقبول، ذلك لأنــه يعد تركا للأدلة لمجرد الرأي والهوى ، وقد سبق أن قلنـــا: إن الإجمـــاع انعقد على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في الدين بالهوى والتشهي من غير دليل من أدلة الشرع.

التعريف الراجح

بعد أن ذكرنا تعاريف الاستحسان عند القائلين به وقلنا بأنه لا يصلح أحدها أن يكون محلا للنزاع. إلا أننا نرجح تعريف الكرخي من الحنفية القائل : بأن الاستحسان هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر، لوجه يقتضي هذا العدول.

لأن هذا التعريف أبين التعريفات لحقيقة الاستحسان، لأنه يشمل كل أنواعه ، ويبين أساسه ولبه، إذ أساسه أن يجئ الحكم مخالفا لقاعدة مطردة ، لأمر يجعل الخروج عن القاعدة أقرب إلى الشرع من الاستمساك بالقاعدة ، فيكون الاعتماد عليه أقوى استدلالا في المسألة من القياس، ويصور أن الاستحسان- كيفما كانت صوره وأقسامه، يكون في مسألة جزئية – ولو نسبيا – في مقابل قاعدة كلية- فيلجأ إليه الفقيه في هذه الجزئية ، لكيلا يؤدى الإغراق في القاعدة إلى الابتعاد عن الشرع في روحه ومعناه.

ويؤيد ما ذهبنا إليه الإمام الغزالى . حيث قال : والصحيح في ضبط الاستحسان ما ذكره الكرخي(١). أهـ.

---

(١) راجع المنخول ص ٤٧٧، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٥.

وذكر الزركشى نقلا عن إلكيا الهراسى[١] : أن ما ذكره الكرخي في تعريفه للاستحسان أحسن ما قيل في تفسيره[٢]. أهـ.

وقال الدكتور / محمد مصطفى شلبي . ولو اعترفوا بما فسره به الكرخي الذي أدرك حقيقة الاستحسان من أنه إخراج الحادثة عن حكم أمثالها إلى حكم آخر لمقتض ، لكان إلى الصواب أقرب، ولو أنهم فعلوا ذلك لما بعدوا عن الحقيقة ، وما كان عليهم بعد ذلك إلا بيان ذلك المقتضى، وتفصيل أنواعه، ثم لا يضيرهم أن قيل عنه: إنه شامل للتخصيص، وليكن التخصيص استحسانا، وهل مثل هذا يترك به الواقع[٣] ؟ . أهـ.

---

(١) هو على بن محمد بن الطبري أبو الحسن الفقيه الشافعي المفسر- الأصولي ولد في ذى القعدة سنة ٤٥٠هـ - كان بارعا، حسن الوجه، جهوري الصوت، حلو الكلام، فحلا من فحول العلماء، من مصنفاته شفاة المسترشدين ، وأحكام القرآن الكريم توفي سنة ٥٠٤ هـ (راجع الفتح المبين جـ٢ ص ٦، شذرات الذهب جـ٤ص ٨، العبر جـ٢ ص ٣٨٦).

(٢) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٠، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٩.

(٣) راجع تعليل الأحكام للدكتور/ محمد مصطفي شلبي ص ٣٦٠ط الأزهر.

المبحث الثاني

في

حجية الاستحسان

تمهيد :

على الرغم مما ذكرناه من أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلا للنزاع إلا أننا وجدنا كتب أصول الفقه – قد دأبت على الكتابة في هذا الموضوع، وصورته على أنه قد حدث فيه خلاف كبير بين الأئمة فمنهم قائل بحجيته وأنه تسعه أعشار العلم، إلى آخر منكر له وأن من استحسن فقد شرع . وجريا على ماذهب إليه هؤلاء. أذكر مذاهب العلماء في حجية الاستحسان لنكون على بصيرة وعلم بما كانوا عليه .

فقد اختلفت مذاهب العلماء في حجية الاستحسان على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة[١]، وهم يرون أن الاستحسان يعتبر حجة ، وأنه دليل شرعي تثبت به الأحكام[٢].

المذهب الثاني:

وعليه : الظاهرية والمعتزلة ، والشيعة ، ونسب إلى الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى – حتى نقلوا عنه قوله " من استحسن فقد شرع " يريد بذلك أن من أثبت حكماً بالاستحسان فقد وضع شرعاً من قبل نفسه لأنه لم يأخذه من أدلة الشرع –وليس له ذلك لأنه كفر والعياذ بالله أو كبيرة .

وأصحاب هذا المذهب يرون أن الاستحسان لا يعتبر حجة كما أنه ليس بدليل شرعي وإنما هو قول في الدين بالهوى والتشهي في مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعي[٣].

---

(١) استبعد القرطبي نقل هذا المذهب عن المالكية. فقال: ليس معروفاً عنهم، ونفاه الجلال المحلى عن الحنابلة: وأقول لهما ليس هناك وجه للاستبعاد والنفي مع الذي قدمناه عند تعريف الاستحسان عند المالكية والحنابلة، وأخذهما بالاستحسان في الأحكام الشرعية وضربنا على ذلك الأمثلة (راجع حاشية البناني على شرح المحلى جـ٢ ص٣٥٢).

(٢) راجع هذا المذهب في كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ص ١٣، التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ص ٢٨٨، هامش الموافقات جـ٤ ص ٢٠٥وما بعدها، الاعتصام جـ٢ ص ١٣٧ وما بعدها، روضة الناظر جـ١ ص ٤٠٩ ، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢٠٩، المستصفى جـ١ ص ٢٧٤ ، نهاية السول جـ٣ ص ١٣٩، مناهج العقول جـ٣ ص ١٣٨ ، حاشية البناني جـ٢ ص ٣٥٢.

(٣) راجع المراجع السابقة، الإحكام لابن حزم جـ٥ ص ٧٥٧ وما بعدها ط العاصمة لصاحبها حسين حجازي.

المذهب الثالث:

وعليه جماعة من العلماء وهم يرون أن الاستحسان دليل شرعي غير مستقل فهو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، لأن مآله عند التحقيق العمل بقياس ترجح على قياس آخر، أو ترجيح نص ، أو إجماع، أو ضرورة ، أو مصلحة على قياس(١).

الأدلـة

١- **أدلة المذهب الأول:** استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بأن الاستحسان حجة ودليل شرعي تثبت به الأحكام بالكتاب، والسنة، والإجماع والمعقول هاك بيانها:

أولا: أدلتهم من الكتاب : استدلوا من الكتاب بما يلى :

أ - قوله تعالى : ﴿ **فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه أولئك الذين هداهم الله وأولئك هم أولوا الألباب**(٢)

وجه الدلالة من الآية :

في هذه الآية الكريمة بشر الله تعالى عباده المؤمنين الذين يستمعون ويتبعون أحسن الأقوال، كما أن الآية ذُكرت في معرض الثناء والمدح على المتبعين لأحسن الأقوال.

---

(١) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ ط دار سعادت عثمان ، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص ٢٠٥ الناشر - مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٤

(٢) سورة الزمر جزء من الآية ١٧،الآية : ١٨

وفي هذا يقول السرخسي: والقرآن كله حسن ثم أمر باتباع ما أحسن [1]. أهـ.

وبهذا يكون الاستحسان أمراً مأموراً به فيكون حجة، لأن المدح إن كان وارداً مع العقاب على ترك الفعل فإنه يكون واجباً، وإن كان مع عدم العقاب على الترك كان مندوباً. إلا أن جانب الوجوب يقوى بالآية التي سأذكرها بعد قليل . فيكون العمل بالاستحسان واجباً[2].

يقول الآمدي في رد الاستدلال بهذه الآية بعد ذكرها والجواب عن الآية : أنه لا دلالة له على وجوب اتباع أحسن القول، وهو محل النزاع[3]. أهـ.

ويمكن أن يجاب على قول الآمدي بأن الآية تدل على هذا المعنى وتدل أيضاً على حجية الاستحسان فهي تشمل المعنيين ، وهذا لا مانع منه.

ويقول ابن حزم[4] في رد الاستدلال بهذه الآية : وهذا الاحتجاج عليهم لا لهم، لأن الله تعالى لم يقل : فيتبعون ما استحسنوا، وإنما قال :

---

(١) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥

(٢) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ١٣، المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥، التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٩، المستصفي جـ١ ص ٢٧٦، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور/عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٤٨

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤

(٤) هو أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم أصل جده من فارس، وهو عالم الأندلس في عصره، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ له مصنفات منها الفصل في الملل والنحل، والمحلى في الفقه ، وجمهور الأنساب توفى سنة ٤٥٦هـ (راجع البداية جـ١٢ ص ٩١ وما بعدها، الأعلام جـ٤ ص ٢٥٤ وما بعدها).

﴿ **فيتبعون أحسنه** ﴾ وأحسن الأقوال ما وافق القرآن وكلام رسـول الله ﷺ هذا هو الإجماع المتيقن من كل مسلم ، ومن قال غير هـذا فليس مسلماً وهو الذي بينه الله تعالى بقوله: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا**[(١)] ﴾.ولم يقل تعالى فردوه إلى ما تستحسنون .

ومن المحال أن يكون فيما استحسنا دون برهان ، لأنه لو كان ذلك لكان الله تعالى يكلفنا ما لا نطيق، ولبطلت الحقائق، ولتضادت الدلائل ، وتعارضت البراهين ، ولكان تعالى يأمرنا بالاختلاف الذي نهانا عنه، وهذا محال لأنه لا يجوز أصلا أن يتفق استحسان العلماء كلهم على قول واحد. على اختلاف هممهم وطبائعهم وأغراضهم ، فطائفة طبعها الشدة ، وطائفة طبعها اللين ، وطائفة طبعها التصميم، وطائفة طبعها الاحتياط، ولا سبيل إلى الاتفاق على استحسان شئ واحد من هذه الدواعي والخواطر المهيجة ، واختلافها واختلاف نتائجها، وموجباتها ونحن نجد الحنفيين قد استحسنوا ما استحسنه المالكيون، ونجد المالكين قد استحسنوا قولا قد استقبحه الحنفيون ، فبطل أن يكون الحق في دين الله مردوداً إلى استحسان بعض الناس، وإنما يكون هذا – وأعوذ بالله – ولو كان الدين ناقصا ، فأما وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله منصوص عليه، أو مجمع عليه فلا معنى لمن استحسن شيئاً منه أو من غيره، ولا لمن استقبح أيضا شيئا منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبحه الناس،

---

(١) سورة النساء الآية ٥٩.

والباطل باطل وإن استحسنه الناس، فصح أن الاستحسان شهوة واتباع للهوى والضلال ، وبالله تعالى نعوذ به من الخذلان .

ثم قال فإن قال قائل قد ظهر الفتيا بالرأي في الصحابة فقد أجمعوا على الرضا به.

قيل له وبالله تعالى التوفيق : ليس كما تقول بل لو قال قائل : إنهم رضى الله عنهم أجمعوا على ذمه لكان مصيباً، لأن الذين روى عنهم الفتيا منهم رضى الله عنهم مائة ونيف وثلاثون. ولا يحفظ الكثير منهم من الفتيا إلا عن عشرين منهم. ثم لا يحفظ عن أحد من هؤلاء المذكورين تصويب القول بالرأي ، ولا أنه دين ولا أنه لازم بل أكثرهم قد روى عنه ما أخبر به من الرأي ، وعلى أي وجه أفتى به من أنه غير لازم: ثم نعكس عليهم السؤال فنسألهم أعصم أحد من الخطأ بعد رسول الله ؟ فمن قولهم وقول جميع المسلمين أنه لم يعصم أحد من الخطأ بعد النبي ﷺ . وأن كل من دونه يخطئ ويصيب . فإذا كان الأمر كذلك أيسوغ لأحد أن يقول: إنهم قد أجمعوا على الخطأ ، وأراد تصحيح الخطأ بذلك، وهذا ما لا يقول به أحد ، وإنما يكون الإجماع صحيحا إذا أجمعوا على صحة القول بشئ ما، ولم يصح قط عن أحد منهم القول بالرأي . وأيضا فإنه ليس منهم أحد أفتى برأيه في مسألة إلا وقد أفتى غيره فيها بنص رواه أو موافق لنص، فإذا كان الأمر كذلك فإن الواجب عرض تلك الأقوال على القرآن والسنة فالقرآن والسنة يشهدان بصحة قول من وافق قوله النص، لا من قال برأيه وبالله تعالى نتأيد[1].

(١) راجع الأحكام لابن حزم جـ٥ ص ٧٥٨ وما بعدها.

ويجاب على ذلك: بأن الاستحسان يوافق القرآن والسنة ، لأنه عدول عن القياس العام ، وحكم القاعدة إلى نص من كلام الله ﷻ أو الرسول ﷺ ، أو إلى إجماع أو قياس ، والعمل بالإجماع والقياس عمل بالقرآن والسنة، لأن حجتيهما ثبتت بالقرآن والسنة، أو العدول إلى مصلحة شهدت لجنسها النص بالصحة فالعمل بها عمل بتلك النصوص.

ويقول الغزالي في رد الاستدلال بالآية السابقة : أنه يلزم من ظاهر هذا اتباع استحسان العامي والطفل والمعتوه لعموم اللفظ[1]. أهـ.

ويجاب عن ذلك: بأن المراد استحسان من هو من أهل النظر والاجتهاد وهم الأئمة المجتهدون فخرج من هم سواهم.

ويقول الزركشي فى رد الاستدلال بهذه الآية ، وأجاب أصحابنا عن الآية بأنها تتضمن الأخذ بالأحسن دون المستحسن ، وهو ما جاء به الكتاب والسنة لا غيرهما[2].أهـ.

ويجاب عن ذلك: بأن الاستحسان مشتق من الحسن، والأحسن[3]، وكلاهما بمعنى واحد فدلت الآية على حجية الاستحسان .

ب- واستدلوا أيضا بقوله تعالى﴿ **واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم من قبل أن يأتيكم العذاب بغتة وأنتم لا تشعرون**﴾ [4].

وجه الدلالة : أن الآية تمدح الذين يتبعون أحسن القول ، وأحسن أفعل تفضيل يقابله الحسن وهو المتروك باتباع الأحسن ، وهذا يعني ترك

(١) راجع المستصفي جـ١ ص ٢٧٧

(٢) راجع البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٥

(٣) راجع المصباح المنير جـ١ ص ١٣٦، لسان العرب جـ٢ ص٨٧٩

(٤) سورة الزمر الآية ٥٥

بعض واتباع بعض آخر لكونه أحسناً فهو الاستحسان ثم إن الآيـــة فيـــها أمر بالوجوب فيكون المأمور به واجباً ، ولا معنى لحجية الاستحســـان إلا هذا[١].

يقول الآمدي بعد ذكره هذه الآية: إن الله تعالى أمر باتباع أحســن ما أنزل ولو لا أنه حجة لما كان كذلك[٢].أهــ.

ويقول ابن الحاجب في الاستدلال بهذه الآية : والأمـــر للوجـــوب فدل على ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحســـن، وهـــو معنـــى الاستحسان[٣]. أهــ.

يقول الغزالي معترضاً على وجه الدلالة بالآية السابقة: إن إتبـــاع أحسن ما أنزل إلينا هو اتباع الأدلة فبينوا أن هذا مما أنزل إلينـــا فضـــلا عن أن يكون من أحسنه وهو قوله تعالى: ﴿ **واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم**[٤]﴾ ثم نقول ونحن نستحسن إبطال الاستحسان ، وإلا يكون لنـــا شرع سوى المصدق بالمعجزة فليكن هذا حجة عليهم[٥].أهــ.

يجاب على ذلك:

أن الاستحسان عمل بدليل منزل لأن مرده إلى الأدلة الشرعية.

---

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار على أصول البزدوى جــ٤ ص ١٣، شرح اللمع جــ٢ ص ٩٧٢ جــ١ - مؤسسة جواد- بيروت لبنان، روضة الناظر جــ١ ص ٤٠٩، الإحكام للآمدي جــ٤ ص ٢١٤، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جــ٢ ص ٢٨٩

(٢) راجع الإحكام للآمدي جــ٤ ص ٢١٤

(٣) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جــ٢ ص ٢٨٩

(٤) سورة الزمر من الآية ٥٥

(٥) راجع المستصفي جــ١ ص ٢٧٦ وما بعدها، وأورد الآمدي نفس الاعتراض(الإحكام للآمدي جــ٤ ص ٢١٥)

ويقول الشيرازي[1] معترضا على وجه الدلالة بالآية السابقة أيضا: وهذا أمر باتباع ما أنزل وكلامنا في ما يستحسنه الإنسان من تلقاء نفسه من غير دليل ، فلا حجة لكم في الآية [2]. أهـ.

يجاب عن ذلك:

بما أجيب به عن الاعتراض السابق كما أن قول الشيرازي هذا مبني على أن الاستحسان قول قي الدين بالهوى والتشهي من غير دليل، وهذا مردود وباطل لاتفاق الأمة قبل ظهور المخالفين – على أنه لا يجوز لأحد أن يقول في شرع الله تعالى وأحكامه بشهوته وهواه من غير دليل شرعي – يستوي في ذلك المجتهد والعامي.

جـ واستدلوا أيضا بقوله تعالى:﴿ **وكتبنا له في الألواح من كل شئ موعظة وتفصيلا لكل شئ فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها سأوريكم دار الفاسقين**﴾ [3].

وجه الدلالة:

فقد أوضحت الآية الكريمة أن قوم موسى كانوا مأمورين بأن يأخذوا بالأحسن ، وهم مأمورون بالعمل به مع وجود الحسن في التوراة، ونحن كذلك مأمورون به، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ،

(١) هو إبراهيم بن على بن يوسف بن عبد الله الفقيه الشافعي الأصولي المؤرخ الأديب الملقب بجمال الدين، المكنى بأبي إسحاق، ولد بفيروز أباد بلدة قرية من شيراز وكان أنظر أهل زمانه وأفصحهم وأكثرهم تواضعاً توفي سنة ٤٧٦ هـ (راجع العبر جـ١ ٣٣٤، شذرات الذهب جـ٣ ص ٣٤٩).

(٢) راجع شرح اللمع جـ٢ ص ٩٧٢

(٣) سورة الأعراف الآية ١٤٥

وقد صار الأحسن في شرعنا. لما سبق من الآيات، وحينئذ يكون الاستحسان حجة[1].

د - واستدلوا أيضا بقوله تعالى:﴿**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**﴾ [2].

وجه الدلالة : أن الآية تدل على أن الله تعالى يريد اليسر والسهولة لعباده، ولا يريد بهم العسر ، وفي الأخذ بالاستحسان ترك العسر إلى اليسر وهو أصل في الدين[3].

ثانيا : دليلهم من السنة :

استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بقوله ﷺ " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ".

وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على أن ما رآه المسلمون في عادتهم ونظر عقولهم مستحسنا فهو حق في الواقع ، ولولا أنه حق ما كان حسناً عند الله تعالى ، فالاستحسان حجة لأنه حسن عند الله تعالى، وقالوا لو لم يكن ما يراه المسلمون ومنه الاستحسان حسناً، لما كان عند الله حسناً[4].

---

(١) راجع هذا الدليل في كشف الأسرار للبخارى جـ٤ ص ١٣،نهاية السول جـ٣ ص ١٣٩، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٤٨

(٢) سورة البقرة من الآية ١٨٥

(٣) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥

(٤) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوى جـ٤ ص ١٣ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٩، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٣، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٤، المستصفى جـ١ ص ٢٧٨، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٩٨ .

يقول الآمدي بعد ذكر هذا الحديث : ولولا أنه حجة لما كان عند الله حسناً[١]. أهـ.

ويقول البخاري[٢] في كشف الأسرار بعد ذكره هذا الدليل : سناً، فأما وأقواها يعنى في الدلالة على المقصود، إذ المراد بيان حسن ما دل عليه الدليل، وهذا اللفظ يدل عليه بوضعه. إذ الاستحسان وجدان الشيئ وعده حالا ستحباب فيدل بوضعه المقصود على ميلان الطبع إلى الشيئ والمحبة له، وذلك لا يدل على الحسن الذي هو لا محالة، فإن الطبع قد يميل إلى ما هو قبيح في الشرع والعقل .كالزنا الخمر. ألا ترى أنه استعمل هذا اللفظ في مقام الذم كما في قوله تعالى: ﴿ **الذين يستحبون الحياة الدنيا على الآخرة**﴾[٣]. وقوله تعالى وشرب:﴿ **ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة**﴾[٤]. فعرفنا أن الاستحسان أفصح وأقوى من الاستحباب[٥]. أهـ.

يقول ابن الحاجب معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: المسلمون صيغة عموم فالمعنى ما رآه جميع المسلمون حسناً . فيتناول إجماع أهل الحل والعقد لاما رآه كل واحد حسناً ، وإلا لزم حسن ما رآه

---

(١) راجع الإحكام للآمدى جـ٤ ص ٢١٤

(٢) هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد ويلقب بعلاء الدين البخاري. من تصانيفه شرح أصول البزدوي سماد كشف الأسرار، غاية التحقيق على أصول الأخسيكثي. توفي سنة ٧٣٠هـ (راجع الفتح المبين جـ٢ ص ١٣٦، الفوائد البهية ص ٩٤)

(٣) سورة إبراهيم من الآية ٣

(٤) سورة النحل من الآية ١٠٧

(٥) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ١٣ وما بعدها.

آحاد العوام حسناً ، وما أجمع عليه فهو حسن عند الله .لأن الإجماع لا يكون إلا على دليل[1]. أهـ.

أجيب عن ذلك:

بأن هذا الحديث وإن كان يدل بلفظه على حجية الإجماع، فهو يدل أيضا بمعناه على حجية الاستحسان.

ويقول ابن حزم معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث: واحتجوا فى الاستحسان بقول يجري على ألسنتهم وهو " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن " وهذا لانعلمه يستند إلى رسول الله ﷺ من وجه أصلا، وأما الذي لاشك فيه فإنه لا يوجد ألبتة في مسند صحيح، وإنما نعرفه من كلام ابن مسعود[2] . ثم قال : " ولو أتى من وجه صحيح لما كان لهم فيه متعلق، لأنه إنما يكون إثبات إجماع المسلمين فقط لأنه لم يقل ما رآه بعض المسلمين حسنا فهو حسن، وإنما فيه ما رآه المسلمون " فهذا هو الإجماع الذي لا يجوز خلافه لو تيقن. وليس ما رآه بعض المسلمين بأولى بالاتباع مما رآه غيرهم من المسلمين، ولو كان ذلك لكنا مأمورين بالشئ وضده، وبفعل شئ وتركه معاً، وهذا محال لا سبيل إليه ثم يقال: لهم ما معنى قولكم : الاستحسان في هذه المسألة وجه كذا. فجوابهم في ذلك أحد جوابين :

---

(1) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٩

(2) هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهزلى من أكابر الصحابة، كان سادس من أسلم ، وأول من جهر بالقرآن بمكة، له في الصحيحين ثمانية وأربعون وثمانمائة حديثاً ، وكان فقيه راى توفي بالمدينة سنة ٣٢هـ (راجع الفتح المبين جـ١ ص ٦٩، شذرات الذهب جـ١ ص ٣٨).

أحدهما: ما كانوا عليه فيما قارب عصر أبى حنيفة ومالك وهو الذي يرونه أحوط وأخف أو أقرب من العادة المعهودة، أو أبعد من الشناعة، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم ، وهذا باطل بقوله تعالى:﴿ **ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هى المأوى** ﴾ [١].وبقوله تعالى: **إن النفس لأمارة بالسوء**[٢]﴾ وبقوله تعالى: ﴿ **بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم بغير علم**﴾ [٣]وقال تعالى : ﴿ **ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله**﴾ [٤]. وفى هذه الآي إبطال أن يتبع أحد ما استحسن بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من الله خالقهم، ورازقهم، وباعث الرسل إليهم، والاحتياط كله اتباع ما أمر الله تعالى به ، والشناعة كلها مخالفته ولا معنى لما نافرته قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون فاسدة لا تجوز إلا عند من لم يتعرف بمعرفة الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحاه، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ .

وجواب لهم ثان أجاب به الكرخى وهو قوله : هو أدق القياسين .

قال ابن حزم : وهذا القول يبطله كل ما نورده إن شاء الله فى باب القياس.

ويقال لهم : إن كان ههنا قياس يوجب ترك قياس آخر ويضاده، ويبطله فقد صح بطلان دلالة القياس بإقراركم ، وصح بالبرهان

---

(١) جزء من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات .

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠

الضروري إبطال القياس كلـه جملة بهذا العمل، لأن الحق لا يتضـاد، ولا يبطل بعضه بعضاً، ولا يضاد برهان برهاناً أبداً، لأن معنى المضـاد أن يبطل أحد المعنيين الآخر، والشئ إذا أبطله الحق فقد بطل، والبـاطل لا يكون حقاً في حال كونه باطلاً. وإذا بطل بعض الشئ بعضا فوجب أن يكون كله باطلاً. لما قلنا من أن الحق لا يبطل بعضه بعضاً. فإذا شـهد بعض القياس عندكم بإبطال بعض قياس آخر. فنوع القياس كله متفاسد ، مبطل بعضه بعضاً فهو كله باطل.

فإن قالوا : إن الحديث ينقض بعضه بعضاً، وكذلـك الآي علـى سبيل النسخ، وكذلك النظر ، وليس دليلاً على بطـلان جميـع القـرآن والحديث والنظر.

فنقول لهم : هذا تمويه شديد، ولا يجوز أن تبطل آية آية أخـرى، ولا حديث حديثاً آخر إلا من طريق النسـخ، أو يكـون أحـد الحديثيـن ضعيف النقل، فليس داخلا حينئذ فيما أمرنا بطاعته، وكذلك النظـر لأن النظر الصحيح إنما هو البرهان، وإنما تأتى أغاليط وشبه يظن قوم أنـها برهان، وليست برهاناً فليس هذا داخلا فى النظر، وليس مـا قلتـم فـي القياسين من هذا الباب في شئ لأن القياس ليس فيه ناسخ ولا منسـوخ، ولا قلتم أن أحد القياسين مموه ليس قياساً بل قلتـم: همـا معـا قيـاس، فاستحسنا أدقهما، فتركتم أحد القياسين ، وأبطلتموه، وأنتم تقـرون أنـه قياس، وإذا كان بعض النوع باطلا فهو كله باطل، ولا يجوز أن يجمـع الحق والباطل نوع واحد أبداً.

ثم يقول : ونحن نقول لمن قال بالاستحسان : ما الفرق بين ما استحسنت أنت، واستقبحه غيرك، وبين ما استحسنه غيرك واستقبحته أنت، وما الذي جعل أحد السبيلين أولى بالحق من الآخر، وهذا ما لا انفكاك منه وبالله التوفيق[1] أهـ .

يجاب عن هذا الاعتراض:

عند ذكر أدلة ابن حزم حيث إنه سيذكر هذا الاعتراض كدليل من الأدلة على عدم حجية الاستحسان ونفيه له كنفيه للقياس.

ويقول الإمام الغزالى معترضاً على الاستدلال بهذا الحديث. ولا حجة فيه من أوجه:

الأول: إن هذا الحديث خبر واحد لا تثبت به الأصول.

الثاني: إن المراد مارآه جميع المسلمين لأنه لا يخلو أن يريد به جميع المسلمين أو آحادهم . فإن أراد الجميع فهو صحيح إذ الأمة لا تجتمع على حسن شئ إلا عن دليل، والإجماع حجة وهو مراد الخبر ، وإن أراد الآحاد لزم استحسان العوام. فإن فرق بأنهم ليسوا أهلا للنظر قلنا : إذا كان لا ينظر في الأدلة فأي فائدة لأهلية النظر.

الثالث: إن الصحابة أجمعوا على استحسان منع الحكم بغير دليل ولا حجة ، لأنهم مع كثرة وقائعهم تمسكوا بالظواهر والأشباه ، وما قال واحد حكمت بكذا وكذا لأنى استحسنه، ولو قال ذلك لشددوا

(١) راجع الإحكام لابن حزم جـ٦ ص ٧٥٩ وما بعدها

الإنكار عليه، وقال من أنت حتى يكون استحسانك شرعاً. وتكون شارعاً لنا ؟.

وما قال معاذ[1] حين بعثه إلى اليمن إني أستحسن، بل ذكر الكتاب والسنة والاجتهاد[2] فقط [3]. أهـ.

أجيب عن ذلك بما يلي:

١- أما كون هذا الخبر خبر آحاد فإن خبر الآحاد تثبت به المسائل العملية عند جمهور العلماء . كما تثبت به حجية مصادر الاستنباط الشرعية.

والإمام الغزالى لا يعمل بخبر الواحد، مع أن خبر الواحد يجب العمل به وإلا لضاع كثير من الأحكام.

٢- أما كون الحديث يدل على حجية الإجماع، فهو أيضا يدل بمعناه على حجية الاستحسان ثم إن المراد بالمسلمين في الحديث هم أهل الحل والعقد ولا يدخل فيهم الصبيان والعوام.

---

(١) هو معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس أبو عبد الرحمن الأنصارى الخزرجي أحد الستة الذين جمعوا القرآن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وآخى النبى صلى الله عليه وسلم بينه وبين جعفر بن أبي طالب توفي سنة ١٧ هـ (راجع العبر جـ١ ص ١٧، تذكرة الحفاظ جـ١ ص ١٩).

(٢) وحديث معاذ هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً فقال له كيف تقضي ؟ قال أقض بما في كتاب الله قال : فإن لم يكن في كتاب الله قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله قال : أجتهد رأيي قال: الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يحب الله ورسوله (راجع عارضة الأحوزي جـ٦ ص ٦٩ باب حدثنا هناد ط دار الكتب العلمية- بيروت – لبنان- سنن أبي داود جـ٣ ص ٣٠٣ باب اجتهاد الرأى الناشر – دار إحياء السنة النبوية).

(٣) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٧٨ وما بعدها.

٣- إن الاستحسان ليس حكما بغير دليل بل هـو راجـع إلـى الأدلـة الشرعية، أما إن معاذاً لم يقل : استحسن وقال اجتهد فإن الاستحسان هو أيضا عدول عن قياس ظاهر إلى آخر خفي لما فيه من المصلحة ، والقياس اجتهاد فكأنه قال : بالاستحسان حين قال بالاجتهاد.

ويقول الشيرازي معترضاً علـى الاسـتدلال بـالحديث السـابق والجواب أن المراد بذلك ما أجمع المسلمون عليه من أهل الحل والعقـد، وعندنا ما استحسنه أهل الإجماع فهو حسن عند الله ، ويجب العمل بـه والمصير إليه[١]. أهـ.

ويقول الآمدي أيضا فإن قوله: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن " [٢]. إشارة إلى إجماع المسلمين، والإجماع حجة، ولا يكـون إلا عن دليل ، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسناً أنـه حسن عند الله، وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسنا أن يكـون حسناً عند الله وهو ممتنع[٣]. أهـ.

أجيب عن ذلك:

بما أجيب به على الاعتراض السابق فلا داعي لتكراره.

ثالثا : دليلهم من الإجماع:

استدل أصحاب هذا المذهب بالإجماع فقالوا أجمعت الأمة علـى دخول الحمام من غير تقدير أجرة ، وعوض الماء، وتقدير مدة السـكون

---

(١) راجع شرح اللمع جـ٢ ص ٩٧٢

(٢) سبق تخريجه.

(٣) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٥

واللبث فيه، وكذا شرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير العوض، ولا مبلغ الماء المشروب ، ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة، فاستحسن الناس تركه، مع أنا نقطع أن الإجارة المجهولة، أو مدة الاستئجار أو مقدار المشترى إذا جهل فهو ممنوع، وقد استحسنت إجارته مع مخالفة الدليل، فأولى أن يجوز إذا لم يخالف دليلا[(١)].

يقول الغزالى في رد هذا الاستدلال: والجواب من وجهين:

الأول: أنهم من أين عرفوا أن الأمة فعلت ذلك من غير حجة ودليل ولعل الدليل جريان ذلك في عصر الرسول ﷺ مع معرفته به، وتقريره عليه لأجل المشقة في تقدير الماء المشروب، والمصبوب في الحمام، وتقدير مدة المقام، والمشقة سبب الرخصة.

الثاني: أن نقول: شرب الماء بتسليم السقاء مباح. وإذا أتلف ماءه فعليه ثمن المثل، إذ قرينة حاله تدل على طلب العوض فيما بذله في الغالب، وما يبذله في الغالب يكون ثمن المثل فيقبله السقاء. فإن منع فعليه مطالبته فليس في هذا إلا الاكتفاء في معرفة الإباحة بالمعاطاة والقرينة ، وترك المماكسة فى العوض ، وهذا مدلول عليه من الشرع ، وكذلك داخل الحمام مستبيح بالقرينة، ومتلف بشرط العوض بقرينة حال الحمامي ، ثم ما يبذله إن ارتضى به

---

(١) راجع شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٩، المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥ التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٤، الاعتصام جـ٢ ص ١٣٧ ، شرح اللمع جـ٢ ص ٩٧٣، روضة الناظر وشرحها جـ١ ص ٤٠٩، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٤وما بعدها، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٣، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٥

الحمامي ، واكتفى به عوضاً أخذه، وإلا طالبه بـــالمزيد إن شـــاء.
فليس هذا أمراً مبدعاً ، ولكنه منقاس والقياس حجة[1].أهـــ.

ويجاب على ذلك:

بأن الإجماع انعقد بعد وفاته ﷺ على إباحة هـــذه الأشـــياء، وإن كانت على خلاف القياس الذي يقضي بعدم جوازها، لكن قلنا: بجوازهـــا استحساناً دفعا للحرج والمشقة فكان العدول هنا من القياس العـــام إلـــى الإجماع للمصلحة التي اقتضت العدول.

ويقول الآمدي معترضاً على هذا الاستدلال وعن الإجماع علـــى الاستحسان ما ذكروه : لا نسلم أن استحسانهم هو الدليل على صحته بـل الدليل مادل على استحسانهم له وهو جريان ذلك في زمن النبي ﷺ ، مـع علمه به وتقريره لهم عليه أو غير ذلك[2]. أهـــ.

أجيب عن ذلك:

بأن هذه الأمور وإن كانت ثابتة بالسنة من جهة تقريـــره ﷺ لـــهم عليه أو علمه به ولم ينكر عليهم . فإنها جاءت علـــى خـــلاف القيـــاس وعدلنا عن هذا القياس إلى السنة استحساناً وهذا ما يسمى بالاستحســـان بالنص.

ويقول الزركشي معترضاً على هذا الاستدلال : وعن الإجماع بأن المصير إليه بالإجماع لا بالاستحسان[3].أهـــ.

---

(١) راجع المستصفى جـــ١ ص ٢٧٩ وما بعدها، روضة الناظر وشرحها جـــ١ ص ٤١١

(٢) راجع الإحكام للآمدي جـــ٤ ص ٢١٥

(٣) راجع البحر المحيط جـــ٨ ص ١٠٥

أجيب عن ذلك:

سلمنا أن المصير في هذه الأمور بالإجماع لكنها شرعت خلاف القياس ، لأن القياس يقضي بعدم جوازها للجهالة فيها المفضية إلى المنازعة لكن عدلنا عن القياس إلى الإجماع بالاستحسان للمصلحة فكان إجماعاً مستحسناً.

رابعا : أدلتهم من المعقول:

استدل القائلون بأن الاستحسان حجة بالمعقول، وقد انحصرت في ثلاثة أمور :

الأول: أن الاستحسان ثبت بالأدلة المتفق عليها، فكان حجة ، لأنه إما أن يثبت بالأثر وإما بالإجماع، وإما بالضرورة، وإما بالقياس، وإما بالمصلحة ، وإما بالعرف .

الثاني: أنه ثبت من استقراء الوقائع وإحكائها ، أن إطراد القياس أو استمرار العموم، قد يؤدي في بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس، لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات تجعل الحكم فيها بموجب القياس يجلب المفسدة، أو يفوت المصلحة ، فمن العدل والرحمة بالناس. أن يفتح الله للمجتهدين باب العدول في هذه الوقائع عن حكم القياس، إلى حكم آخر يحقق المصلحة ويدفع المفسدة، وهذا هو الاستحسان.

الثالث: أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية . أن الشارع الحكيم عدل في بعض الوقائع عن موجب القياس، أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلباً للمصلحة أو درءاً للمفسدة، فحرم الميتة والدم،

وأباحها للمضطر، وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه، واستثنى من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان. ورسول الله ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم[1]. وهو عدول عن عموم الحكم، أو عن موجب القياس في بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضي هذا العدول[2].

قال صدر الشريعة : أنا نعني به أي بالاستحسان- دليلا من الأدلة المتفق عليها يقع في مقابلة القياس الجلى[3].أهـ

وقال صاحب التلويح[4]: إن القائلين بالاستحسان يريدون به ما هو أحد الأدلة الأربعة[5].أهـ

٣- أدلة المذهب الثاني : المنكرين لحجية الاستحسان

بعد أن ذكرنا أدلة المثبتين للاستحسان وحجيته، والاعتراضات الواردة عليها، فإننا نذكر أدلة المنكرين للاستحسان وأبدأ بأدلة الشافعية ثم بأدلة الظاهرية ومن معهم.

---

(١) سيأتى هذا الحديث بعد قليل في أنواع الاستحسان .

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول اليزدوي جـ٤ ص ٥،كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها ، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الهداية وشروحها جـ٧ ص ٧١

(٣) راجع التوضيح جـ٢ ص ١٦٣

(٤) هو سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتازاني من أئمة العربية والبيان والمنطق، ولد سنة ٧١٢هـ من كتبه تهذيب المنطق، والمطول، ومقاصد الطالبين ،وحاشية على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، والتلويح إلى كشف غوامض التنقيح (راجع الأعلام جـ٧ ص ٢١٩

(٥) التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢

أولا: أدلة الشافعية:

أبطل الإمام الشافعي الاستحسان حتى أنه عقد لذلك فصلا قائما بذاته فى كتاب الأم بعنوان إبطال الاستحسان، ولنسق أدلة الإبطال التى ساقها ، ومنها تعرف على أي أنواع الاستحسان ينطبق، وهى تتلخص في أدلة ساقها في مواضع منثورة من الرسالة، وكتاب إبطال الاستحسان يمكن تلخيصها فيما يلى:

١- إن الله سبحانه وتعالى لم يترك الإنسان سدى، بل أمره ونهاه، وبين له ما أمره به وما نهاه عنه في كتابه ، وعلى لسان نبيه ﷺ نصاً، أو حملاً على نص بالقياس وما الاستحسان ؟ أهو منهما أم من غيرهما ؟ فإن كان منهما فلا حاجة إلى ذكره، وإن كان خارجاً عنهما فمعنى ذلك أن الله تعالى ترك أمراً من أمور الناس من غير حكم، وذلك يناقض قوله تعالى: ﴿ **أيحسب الإنسان أن يترك سدى** فالاستحسان الذي لا يكون قياساً ولا إعمالا لنص يناقض تلك الآية الكريمة وفي هذا المعنى يقول الإمام الشافعي فى الأم : فإن قال قائل: فما يدل على أن لا يجوز أن يستحسن إذا لم يدخل الاستحسان في هذه المعاني مع ما ذكرت في كتابك هذا ؟ قيل : قال الله ﷻ: ﴿**أيحسب الإنسان أن يترك سدى**﴾ فلم يختلف أهل العلم بالقرآن – فيما علمت– أن السدى الذي لا يؤمر ولا ينهى ، ومن أفتى أو حكم بما لم يؤمر به. فقد أجاز لنفسه أن يكون في معاني السدى ، وقد أعلمه الله أنه لم يتركه سدى، ورأى أن قال : أقول بما شئت، وأدعي

ما نزل القرآن بخلافه في هذا وفي السنة، فخالف منهاج النبيين ، وعوام حكم جماعة من روى عنه من العالمين.

ثم ذكر أمثلة عن حكم الرسولﷺ بما أوحى إليه ، وانتظاره الوحي فيما لم ينزل عليه وحي ، والتزامه أمر الله تعالى أن يحكم بين الناس بما أوحى إليه به. فقد قال الله ﷻ لنبيه عليه الصلاة والسلام **﴿اتبع ما أوحي إليك من ربك﴾**[1]. وقال تعالى :**﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾**[2]. ثم جاءه قوم فسألوه عن أصحاب الكهف وغيرهم فقال : أعلمكم غداً يعني أسأل جبريل ثم أعلمكم فأنزل الله ﷻ **﴿ولا تقولن لشئ إنى فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾** [3]. وجاءته امرأة أوس بن الصامت[4] . تشكو إليه أوساً فلم يجبها [5]حتى أنزل الله ﷻ فيه **﴿ قد سمع الله قول التى تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله ﴾** [6].

٢- استدل بقوله تعالى:**﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾** [7]. وبقوله

---

(١) سورة الأنعام من الآية ١٠٦

(٢) سورة المائدة الآية ٤٩

(٣) سورة الكهف الآية ٢٤

(٤) هو أوس بن الصامت بن قيس بن أحرم بن فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف بن الخزرج الأنصارى . أخو عبادة بن الصامت ذكروه فيمن شهداً بدراً والمشاهد، كان أول من ظاهر في الإسلام من بنت عم له توفي ٣٤ هـ (راجع الإصابة جـ١ ص ١٣٧)

(٥) راجع الأم جـ٧ ص ٢٩٨

(٦) سورة المجادلة من الآية ١

(٧) سورة النساء الآية ٥٩

تعالى ﴿ وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ [1] وقال تعالى :﴿ من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾[2] .

وجه الدلالة:

دلت هذه الآيات على أن المؤمن يجب عليه اتباع كتاب الله وسنة رسوله ، وعلى ذلك يجب عليه اتباع كل ما جاء فيهما من أحكام نصاً أو دلالة ، والإجماع مستمد من السنة النبوية، فالعمل به عمل بالسنة ، والعمل بالقياس دل عليه الكتاب والسنة ، فالعمل به عمل بالكتاب والسنة

أما العمل بالاستحسان فإنه ليس اتباعاً للكتاب ولا السنة ، وهو شئ غير الإجماع والقياس، فالأخذ به إذاً زيادة على ما جاء في هذه المصادر التي أوجبت النصوص السابقة العمل بها فكان العمل بالاستحسان والأخذ به باطلاً ومردوداً[3].

٣- لا يجوز للمجتهد الحكم إلا عن طريق النص، أو الإجماع، أو القياس عليهما ، وأن الاجتهاد بطريق الاستحسان، غير داخل في اتباع النص أو الإجماع ، ولا في اتباع القياس عليهما.

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة :وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز،بما ذكرت من كتاب الله وسنة رسوله،ولا في القياس.ثم قال،أما الكتاب والسنة فيدلان على ذلك،لأنه إذا أمر النبي ﷺ

(١) سورة الحشر من الآية ٧

(٢) سورة النساء من الآية ٨٠

(٣) راجع الأم جـ٧ ص ٢٩٩ وما بعدها.

بالاجتهاد ، فالاجتهاد أبداً لا يكون إلا على طلب شئ ، وطلب الشـــئ لا يكون إلا بدلائل، والدلائل هي القياس.

وقال أيضا : ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله ﷺ أن يقول إلا مـــن جهة علم مضى قبله، وجهة العلم بعد الكتـــاب والســـنة ، والإجمـــاع والآثار، وما وصفت من القياس عليها[1]. أهـ

وقال في الأم: وليس يؤمر أحد أن يحكم بحق إلا وقد علم الحـــق، ولا يكون الحق معلوماً إلا عن الله نصاً، أو دلالة من الله، فقد جعل الحق في كتابه ثم سنة نبيهﷺ : فليس تنزل بأحد نازلة إلا والكتاب يدل عليـــها نصاً أو جملة، فإن قال : وما النص والجملة . قيل : النص ما حـــرم الله، وأحل نصاً؛حرم الأمهات،والجدات، والعمات، والخالات،ومن ذكر معهن، وأباح من سواهن وحرم الميتة والدم، ولحم الخنزير،والفواحش ما ظـــهر منها وما بطن ، وأمر بالوضوء فقال:﴿ **فاغسلوا وجوهكم وأيديكم**﴾[2].

فكان مكتفي بالتنزيل هذا عن الاستدلال فيما نزل فيه مع أشباه له.

فإن قيل فما الجملة ؟ قيل : ما فرض الله من صلاة، وزكاة، وحج فـــدل رسول الله ﷺ كيف الصلاة، وعددها، ووقتها والعمل فيها، وكيف الزكاة، وفي أى المال هى، وفي أى وقت هي، وكم قدرها، وبين كيـــف الحـــج والعمل فيه، وما يدخل به فيه، وما يخرج به منه[3]: أ.هـ

---

(1) راجع الرسالة للشافعي ص ٥٠٥ إلى ص ٥٠٨ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

(2) سورة المائدة من الآية ٦

(3) راجع الأم جـ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها.

٤- إن الاجتهاد بالاستحسان أساسه العقل وفيه يستوى الجاهل والعالم ولو جاز للمجتهد القول بما يستحسنه عقله فيما ليس فيه خبر. لجاز ذلك أيضا لغيره من العوام- أصحاب العقول - أن يقولوا ذلك أيضا، وهذا لا يجوز بالاتفاق لأن الاجتهاد لا يجوز إلا لمن جمع آلة الاجتهاد، وكذلك لا يجوز للمجتهد أن يستحسن بعقله

وفي هذا يقول الإمام الشافعي في الرسالة : فهل تجيز أنت أن يقول الرجل استحسن بغير قياس ؟ فقلت لايجوز هذا عندي لأحد ، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر- بالقياس على الخبر- ، ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول- من غير أهل العلم - أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان .

وقال ولو قال : بلا خبر لازم ، ولا قياس كان أقرب من الإثم من الذي قال وهو غير عالم وكان القول لغير أهل العلم جائزاً[١]. أ.هـ .

وقال الشافعي في الأم : ومن استجاز أن يحكم أو يفتى بلا خبر لازم ، ولا قياس عليه. كان محجوجاً. بأن معنى قوله: أفعل ما هويت ، وإن لم أومر به - مخالف معنى الكتاب والسنة - فكان محجوجاً على لسانه - ومعنى ما لم أعلم فيه مخالفاً فإن قيل ما هو ؟ قيل : لاأعلم أحداً من أهل العلم رخص لأحد من أهل العقول والآداب في أن يفتى، ولا يحكم برأى نفسه. إذا لم يكن عالماً بالذي تدور عليه أمور القياس. من الكتاب، والسنة، والإجماع، والعقل - لتفصيل المشتبه.

---

(١) راجع الرسالة ص ٥٠٤ وما بعدها.

فإن زعموا هذا، قيل لهم : ولما لم يجز لأهل العقول التى تفـــوق كثيراً من عقول أهل العلم بالقرآن ، والسنة، والفتيا- أن يقولوا فيما قـــد نزل، مما يعملونه معاً . أن ليس فيه كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، وهـــم أوفر عقولا. وأحسن إبانة لما قالوا من عامتكم[١] ؟ أ.هـ

٥- إن الاستحسان لا ضابط له، ولا مقاييس يقاس بها الحق من الباطل ، فلو جاز لكل حاكم أو مفت أن يقول بالاستحسان فيما لا نص فيـــه ، لأدى ذلك إلى وجود أحكام كثيرة مختلفة في المسألة الواحدة لا ضابط لها، ولا يتبين وجه الحق فيها.

وفي هذا المعنى يقول الشافعي في الأم : أفرأيت إذا قال الحـــاكم والمفتي في النازلة – ليس فيها نص ولا قياس – وقال استحسن ، فلابـــد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن خلافه، فيقول : كل حاكم في بلـــد ومفت بما يستحسن ، فيقال: فى الشئ الواحد بضروب من الحكم والفتيا ، فإن كان هذا جائزاً عندهم فقد أهملوا أنفسهم حيث شـــاءوا ، وإن كـــان ضيقاً فلا يجوز أن يدخلوا فيه[٢]. أ.هـ

٦- إن النبي ﷺ ما كان يفتى باستحسانه ، وهو الذي لاينطق عن الـــهوى فقد سئل عن الرجل يقول لامرأته: أنت عليَّ كظهر أمي . فلـــم يفـــت

(١) راجع الأم جـــ٧ ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٢) راجع الأم جـــ٧ ص ٣٠٧

باستحسانه. بل انتظر الوحي حتى نزلت آية الظهار وكفارته[١].وسئل عمن يجد مع امرأته رجلا ويتهمها فانتظر حتى نزلت آية اللعان[٢] ولو كان لأحد أن يفتي بذوقه الفقهي، أو باستحسانه، لكان سيد المرسلين محمد ﷺ : فامتناعه عنه يوجب علينا أن نمتنع عن الاستحسان من غير اعتماد على نص، ولنا في رسول الله ﷺ أسوة حسنة لقول الحق سبحانه وتعالى: ﴿ **لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجوا الله واليوم الآخر وذكر الله كثيرا**﴾ [٣].

٧- إن النبيﷺقد استنكر على الصحابة الذين غابوا عنه، وأفتوا باستحسانهم،فقد أنكر بعض الصحابة أنهم أحرقوا مشركا لاذ بشجرة، واستنكر على أسامة بن زيد[٤]عندما قتل رجلا قال لا إله إلا الله لأنه قالها تحت حر السيف،ولو كان الاستحسان جائزاً ما استنكر عملهم[٥].

---

(١) وهي قوله تعالى " الذين يظاهرون من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللآئى ولدنهم وأنهم ليقولون منكراً من القولُ وزوراً وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبته من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير. فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم ". الآيات ١،٢،٣ من سورة المجادلة.

(٢) وهي الآيات ٦،٧،٨،٩، من سورة النور.

(٣) سورة الأحزاب من الآية ٢١

(٤) هو بن حارثة بن عبد العزي بن إمرئ القيس بن عامر بن النعمان بن حارثة الكلبي، حب رسول الله وابن حبه، وهو الذى قال عنه مجزر المدلجى أن أسامة وزيداً عليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما، وبدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض توفي سنة ٥٤هـ (راجع العبر جـ١ ص ٤٢، طبقات ابن سعد جـ٤ ص ٦٢).

(٥) راجع أدلة الإمام الشافعي على إبطال الاستحسان في الرسالة ص٥٠٤ وما بعدها ، الأم جـ٧ ص ٢٩٨ وما بعدها، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٤، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٥٢ وما بعدها، بحوث في الأدلة المختلف فيها الأستاذ الدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٣ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور / جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧ وما بعدها ط الجبلاوي شبرا – مصر.

وبعد فهذه أبرز الأدلة التـــي ســـاقها الإمـــام الشـــافعي لإبطـــال الاستحسان ، وأنت ترى أن هذه الأدلة والمعاني لا تصلح محلا للـــنزاع. لأنها بعيدة كل البعد عن الاستحسان الذي قال به غيره مـــن العلمـــاء ، فالاستحسان الذي رده الشافعي هو المبني على الرأي المحض ، فإن هـذا المعنى لا يقول به أحد ممن عملوا بالاستحسان ، والذي قال به الحنفيـــة والمالكية والحنابلة شئ آخر غير هذا ، وهم أجل قـــدراً وأشـــد ورعـــاً، وخوفاً من الله تعالى من أن يقولوا في دين الله بالتشهي والعقل من غـــير الاعتماد على دليل شرعي.

على أن الإمام الشافعي مصيب في رأيه، وما قاله هو الحق، فمـن استحسن بالمعنى الذي أراده فقد شرع وتجرأ علـــى الله ورســـوله ﷺ ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان بهذا المعنى، ولو علم الشـــافعي مـراد غيره من الاستحسان الاصطلاحي الذي استقر معناه، وضبط بعد عصـوه على يد المتأخرين من الحنفية والمالكية لما أنكره، وكيف ينكره وقد عمل به في واقع الأمر في بعض الفروع الفقهية، ولكنه أرجـــع الكثـــير مـــن المسائل الاستحسانية في غالب الأحيان إلى القياس ، فقـــد وســـع دائـــرة القياس فأدخل فيه كثيراً من مسائل الاستحسان.

قال ابن السمعاني : إن كان الاستحسان هو القول بمـــا يستحســـنه الإنسان من غير دليل فهو باطل ولا يقول به أحد[1]. أهـــ.

وقال صاحب التلويح: لما اختلفت العبارات في تفسير الاستحســـان مع أنهِ يطلق في اللغة على ما يهواه الإنسان ، ويميـــل إليـــه وإن كـــان

(1) راجع إرشاد الفحول ص ٢٤١

مستقبحاً عند الغير، وكثر استعماله في مقابلة القياس على الإطلاق. كان إنكار العمل به عند الجهل بمعناه مستحسناً حتى يتبين المراد منه إذ لا وجه لقبول العمل بما لا يعرف معناه، وبعد ما استقرت الآراء على أنه اسم لدليل متفق عليه نصاً كان أو إجماعاً، أو قياساً خفياً وقع في مقابلة قياس تسبق إليه الإفهام حتى لا يطلق على نفس الدليل من غير مقابلة فهو حجة عند الجميع من غير تصور خلاف[1]. أهـ.

ويقول أبو زهرة : بعد ذكره للأدلة السابقة وأن هذه الأدلة كلها لا ترد على الاستحسان الحنفي، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، واعتبار العرف أصلاً من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، وما عدا استحسان العرف فإن كل أنواع الاستحسان الحنفي لا يرد عليه اعتراض من اعتراضات الشافعي، لأنه مبني على الأصول التي لا يسع الإمام الشافعي أن يخالفها، إذ هو في إحدى صوره ضرب من ضروب القياس، وفي الأخرى اعتماد على النص، أو الإجماع، أو الضرورة. والضرورات تبيح المحظورات بإجماع العلماء، وهي موضع اعتبار، وبها يخالف النص، فأولى أن يخالف بها القياس[2]. أهـ.

---

(1) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٣

(2) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٥٤

وقال الماوردي[1] : فلم يخل ما استحسنه الإمام الشافعي ﷺ من دليل اقترن به، والاستحسان بالدليل معمول به، وإنما تنكر للعمل بالاستحسان إذا لم يقترن به دليل[2].أهـ.

وخلاصة ما ذكره الشافعي عن إبطال الاستحسان، يفيد أنه أنكر العمل بالاستحسان الذي لا يستند إلى دليل شرعي، وأما ما يستند إلى دليل شرعي فهو جائز عنده، كما هو جائز عند غيره.

ثانيا : أدلة ابن حزم ومن معه على نفيهم الاستحسان تبعا لنفيهم القياس:

فقد استدلوا بما يأتي :

١- قوله تعالى: ﴿ **فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا** ﴾ [3].

فقد أمر الله تعالى برد المتنازع فيه إلى كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ، ولم يقل فردوه إلى ما تستحسنون ، وإذا لم يبق إلا الاستحسان المطلق : فليس استحسان زيد أولى من استحسان عمرو، ويصير الدين هملاً. غير حقيقة، وحراماً وحلالاً معاً، وهذا باطل فبطل القول بالاستحسان.

٢- من الباطل أن يكون الحق في دين الله ﷻ مردوداً إلى استحسان بعض الناس، وإنما هذا – وأعوذ بالله- لو كان الدين ناقصاً . فإما

---

(١) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي، مصنف الحاوي، والإقناع، وأدب الدين والدنيا، وغير ذلك، كان إماماً في الفقه والأصول والتفسير بصيراً بالعربية، توفي سنة ٤٥٠هـ (راجع شذرات الذهب جـ٣ ص ٢٨٥، طبقات الشافعية للسبكي جـ٣ ص ٣٠٣.

(٢) راجع أدب القاضي للماوردي جـ١ ص ٦٦٠

(٣) سورة النساء من الآية ٥٩

وهو تام لا مزيد فيه ، مبين كله، منصوص عليه، أو مجمع عليه، فلا معنى لمن استحسن شئ منه، أو من غيره، ولا لمن استقبح شيئا منه أو من غيره، والحق حق وإن استقبحه الناس، والباطل باطل وإن استحسنه الناس ، فصح أن الاستحسان شهوة ، واتباع للهوي والضلال.

٣- إن الاستحسان الذى كانوا عليه فيما قارب عصر أبى حنيفة ومالك هو الذي يرونه أحوط، أو أخف، أو أقرب من العادة والمعهود ، أو أبعد من الشناعة ، وهذا كله بالجملة راجع إلى ما طابت عليه أنفسهم وهذا باطل بقوله تعالى: **﴿ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هي المأوى﴾**[١]. وقوله تعالى: **﴿إن النفس لأمارة بالسوء إلا ما رحم ربى﴾**[٢]. وبقوله تعالى: **﴿بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم بغير علم﴾**[٣]. وبقوله تعالى: **﴿ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله﴾**[٤] فقد أبطلت هذه الآيات أن يتبع أحد ما استحسن بغير برهان من نص، أو إجماع، ولا يكون أحد أحوط على العباد المؤمنين من الله خالقهم، ورازقهم ، وباعث الرسل إليهم، والاحتياط كله اتباع، ما أمر الله تعالى به، والشناعة كلها مخالفته، ولا معنى لما نافرته قلوب لم تعتده ، وهذا كله ظنون لا تجوز إلا عند من لم يتعرف بمعرفة

---

(١) جزء من الآية ٤٠ والآية ٤١ من سورة النازعات.

(٢) سورة يوسف من الآية ٥٣

(٣) سورة الروم من الآية ٢٩.

(٤) سورة القصص من الآية ٥٠.

الحقائق، ولا حسن إلا ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ أو أباحه ، ولا قبيح ولا شنيع إلا ما نهى عنه الله تعالى ورسوله ﷺ

٤- قوله تعالى: ﴿ ما فرطنا في الكتاب من شيئ﴾[١]. وقوله تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيئ﴾[٢]. وقوله تعالى: ﴿ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين﴾[٣].

فقد أوضحت هذه الآيات الكريمات. أن القرآن قد اشتمل على جميع الأحكام، فلا توجد حاجة لغيره لإثبات الأحكام كالقياس، والاستحسان ، لأن القرآن لم يترك حكماً إلا وقد بينه.

٥- قوله تعالى ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾ [٤]. وقوله تعالى : ﴿وأن تقولوا على الله ما لا تعلمون﴾ [٥].

فقد نهى الله تعالى في هاتين الآيتين عن القول بغير علم، كما نهى عن اتباع الظن، إذ أن القول بغير علم لا يغنى من الحق شيئاً فيكون منهيا عنه بطريقة المنطوق، وحينئذ فإن العمل بالاستحسان يكون منهيا عنه، لأنه قول بدون علم كالقياس سواء بسواء.

٦- قوله تعالى : ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [٦].

---

(١) سورة الأنعام من الآية ٣٨.

(٢) سورة النحل من الآية ٨٩.

(٣) سورة الأنعام من الآية ٥٩.

(٤) سورة الإسراء من الآية ٣٦

(٥) سورة البقرة من الآية ١٦٩

(٦) سورة المائدة من الآية ٤٩

إن الله تعالى أمر نبيه محمداً ﷺ بالحكم بين الخلق بما أنزل الله تعالى ، وحينئذ فإن الحكم بغير ما أنزل الله يكون خللاً وبدعة، وهذا ما نهت عنه الآية الكريمة مفهوماً، والاستحسان لم يكن فيه حكم الله تعالى، وحينئذ يكون العمل به مخالفاً لما أمر الله به ﷻ .

٧- واستدلوا على إبطال الاستحسان. بإجماع الصحابة على عدم استعمال الرأي ، والاستحسان فرع منه ومن ذلك قول عمر[١] ﷺ : " **إياكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها، فقالوا بالرأي فضلوا ، وأضلوا** "[٢].

هذا وبعد عرض أدلة ابن حزم على نفيه الاستحسان كنفيه القياس فإنه يمكن أن يرد عليه بما يلي :

١- إن ابن حزم لا يقول بحجية القياس، وينكر العمل به، ومن تعريفات الاستحسان أنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى منه" وقد ثبتت حجية القياس عند جميع الأئمة بالكتاب والسنة فلا معنى لمخالفته.

٢- إن الاستحسان راجع إلى الأدلة المتفق عليها لأنه عبارة عن استثناءً من القواعد العامة سواء كانت نصاً وإجماعاً، أو قياساً. فالرد بالاستحسان يكون رداً إلى كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ.

---

(١) هو عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزيز بن رباح- القرشي العدوي أبو حفص، ولد قبل البعثة بثلاثين سنة- بويع بالخلافة يوم وفاة سيدنا أبي بكر رضى الله عنهما، وهو أول من وضع التقويم الهجري. طعنه أبو لؤلؤة المجوسي بخنجر وهو في صلاة الصبح توفي سنة ١٣هـ (راجع الإصابات جـ٧ ص ٧٤، البداية جـ٣ ص ٣١، وشذرات الذهب جـ١ ص ٢٣)

(٢) هذا الأثر رواه ابن عبد البر من طريقة الشعبي عن عمر بن حريث عن عمر بن الخطاب (راجع جامع بيان العلم وفضله جـ٢ ص ١٣٥ ط دار الكتب العلمية – بيروت- لبنان)

٣- إن قوله " ومن المحال أن يكون الحق فيما استحسنوه بدون برهان .....إلخ فيرد عليه : بأن الاستحسان لم يكن قولا بدون دليل حتى يؤدي ما ذكره من أمور.

٤- إن قوله : بأن الاستحسان كله ظنون فاسدة ، والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى ورسوله ...إلخ.

يجاب عن ذلك:

إن الاستحسان ليس قولا بما اشتهت النفوس دون دليل، حتى يكون الأخذ به تبعا للهوى أو الظنون الفاسدة، أو يكون الأخذ بما تمليه النفس الأمارة بالسوء بغير علم ولا هدى من الله تعالى ، بل هو اتباع للنصوص، أو الإجماع، فالعمل به عمل بدليل صحيح شرعاً.

وأما قوله : والاحتياط في اتباع ما أمر الله تعالى به ورسوله ﷺ ...إلخ.

فيقال له: إن العمل بالاستحسان إنما يشرع عندما يكون إطراد العمل بالقياس مؤدياً إلى الغلو والوقوع في الظلم، أو وقوع الحرج والمشقة على المكلفين، فإن هذا العمل أخذ بالاحتياط لرفع الحرج والظلم عن المكلفين، وقد قال الله تعالى: ﴿ **وما جعل عليكم في الدين من حرج**﴾[1].

٥- إن قوله بأن القرآن اشتمل على جميع الأحكام ....الخ فيقال له : بأن القرآن الكريم حوى أصول الدين وقواعد الأحكام العامة، ونص على بعضها، وترك بيان بعضها الآخر لرسول الله ﷺ ، وحيث ثبت أن الله

---

(١) سورة الحج من الآية ٧٨.

أرسل رسوله ليبين للناس أحكام دينهم، وواجب عليهم اتباعه كان بيانه للأحكام بياناً للقرآن، والاستحسان في جملته راجع إلى القرآن أو السنة، أو إلى غيرهما كما سبق القول.

٦- إن قوله: بأن الله نهى عن اتباع الظن ....إلخ.

فيقال : له إن الظن المنهي عنه يجب أن يكون خاصاً بالأصول دون الفروع، لأن الفروع يكتفي فيها بالظن فالعمل فيها بالظن غير منهي عنه.

٧- قوله إن الله أمر رسوله أن يحكم بين الناس بما أنزل الله ....إلخ.

فيقال له إن الاستحسان كما سبق القول راجع في جملته إلى الأدلة المتفق عليها سواء أكانت نصاً أو إجماعاً أو قياساً، وليس حكماً بالهوى والتشهي من غير دليل .

٨- قوله إن عمر بن الخطاب حذر من أصحاب الرأي ..إلخ

فيقال له إن نهي عمر بن الخطاب من استعمال الرأي، إنما المراد به الرأي المبني على الهوى، وهذا لا يجوز باتفاق الأئمة ، وأما الرأي المبني على دليل فإنه لا ينكره أحد : كما أن النبي ﷺ أقر الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على اجتهادهم، والعمل برأيهم في كثير من المسائل، ولو كان المسلمون ممنوعين من إعمال الرأي والاجتهاد في حمل فرع على أصل، وفي إعمال قياس خفي في مقابلة قياس جلي لما أقرهم النبي ﷺ على العمل برأيهم، ولبين لهم حكم ذلك ، ولكنه لم يبين فدل ذلك على أنه جائز.

ويقول الإمام محمد أبو زهرة معلقاً على هذه الأدلة السابقة لابن حزم : وإن نظرة واحدة في هذه الأدلة نجدها تبني على أصلين:

أحدهما : أن النصوص القرآنية والنبوية قد أتت بكل الأحكام لازمها ونفلها ومكروهها، ومباحها .

الثاني : أن القياس زيادة على النصوص الكاملة لعمل الإنسان لا بشرع الأديان.

وبمناقشة هذه الأدلة يتضح أن النصوص قد أتت بكل شئ، ولم تبق شيئاً من غير بيان بالعبارة، أو الإشارة ، بيد أن الظاهريين يقصرون البيان على العبارة وحدها، ولا يتجاوزونها، والجمهور يوسعون معنى الدلالة، فيقولون إن الدلالة على الأحكام بألفاظها، وبالدلائل العامة التي تبينها مقاصد الشريعة، في جملة نصوصها وعامة أحوالها.

فإذا قال الشارع مثلا : ﴿ **إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون**﴾[1]. كان ذلك نصاً على الخمر بالعبارة ، وفيه دلائل تشير إلى أن كل ما فيه ضرر غالب يكون حراماً، فحرمت لما فيه من ضرر غالب. إذ يقول سبحانه وتعالى: ﴿ **يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس**﴾ [2].

فكل ما يتحقق فيه هذا المعنى يكون حراما بهذا النص العام، وبذلك يتبين أن ما يقوم له القياس يعتمد على النص، وهو في حقيقته إعمال للنص

---

(1) سورة المائدة من الآية ٩٠

(2) سورة البقرة من الآية ٢١٩

كما بينا وإذا كان القياس إعمالا للنص، فيكون من بيان الشـــريعة ، وإذن ينهدم الأصل الثاني، وهو منافاة القياس لكمال النص.

وقد قلنا : إن تعليل النصوص هو أساس الخــــلاف بيــن مثبتـــي القياس ونفاته فنفاته نفوا التعليل فقصروا النصـــــوص علـــى العبـــارة ، ومثبتوه أثبتوا التعليل، فاعتبروا القياس إعمالا للنصوص.

وفي الحقيقة أن نفاة القياس قد أخطأوا إذ تركوا تعليل النصـــوص، فقد أداهم إهمالهم إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة، فقـــد قـــرروا أن بول الآدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير طاهر لعـــدم النـــص، وأن لعاب الكلب نجس، وبوله طاهر، ولو اتجهوا إلى قليل مـــن الفـــهم لفقـــه النص ما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

ومن هذا القول يتضح لنا أن الظاهرية ومن معهم قد وقفوا عنــــد النصوص الواردة فقط ، ولم يتوسعوا في الأدلة، كما أنـــهم لـــم يقولـــوا بتعليل الأحكام، بخلاف الجمهور من العلماء حيث إنهم أخذوا بـــالنصوص الواردة وبالقياس المبني على أصوله على الأدلة ، لوجود علة بين الفـــروع والأصل، وبروح الشريعة في رفع الحرج والمشقة على الناس، كما أنـــهم قالوا بتعليل الأحكام، واستعمال الرأي ومنه الاستحسان الذي هو إعمـــال قياس خفي في مقابل قياس جلى فكان الخلاف بين الجمهور والظاهريين واسعاً في الأمور التى أخذ بها الجمهور.

ولم يكن ما فعله الجمهور على غير سند، بل اتبعوا نهج الأوليـــن من الصحابة والتابعين من أجل هذا قيض الله تعالى لشريعته من يدافــــع عنها، ويبطل حجج ابن حزم وغيره، فقد تصــــدى لآرائـــه ابـــن القيـــم

الجوزية[١] في كتابه أعلام الموقعين، وذكر كثيراً من الشبه التي ساقها ابن حزم وفندها ورد عليها واحدة بعد الأخرى حتى هوت جميعها ولم تقم له ولأمثاله قائمة[٢].

وبعد ذلك تبين أنه لا يوجد دليل من الأدلة التي ساقها ابن حزم لإبطال العمل بالاستحسان يصلح لمقصوده.

دليل المذهب الثالث:

القائل بأن الاستحسان ليس دليلاً شرعياً مستقلاً .

استدلوا: بأننا لو نظرنا إلى كل نوع من أنواع الاستحسان ، يتبين أن سند الحكم الشرعي فيه ومصدره، هو دليل من الأدلة الشرعية المسلمة.

فالقياس الخفي الذي ترجح على قياس جلي، حكمه ثابت بالقياس غاية الأمر: أن المجتهد رجح أحد القياسين ، لأن مناسبته أظهر وتأثيرها في جلب النفع أو دفع الضرر أقوى، وكذا الاستحسان الذي ثبت بالنص، وقدم على القياس، والحكم الثابت بالعرف، أو الضرورة، أو المصلحة،

---

(١) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي الإمام شمس الدين أبو عبد الله الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية الحنبلي ولد سنة ٦٩١هـ وتوفي سنة ٧٥١هـ من مصنفاته إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، وتلبيس ابليس وأعلام الموقعين عن رب العالمين وغير ذلك (راجع هدية العارفين جـ٢ ص ١٥٨)

(٢) راجع أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان، وما أجيب به عن هذه الأدلة في الأحكام لابن حزم جـ٦ ص ٧٥٨ وما بعدها، جـ٧ ص ١٠٥٥ وما بعدها، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٤٨ وما بعدها، التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٠٦ وما بعدها، نهاية السول جـ٢ ص ٢١ وما بعدها، مناهج العقول جـ٢ ص ١٧ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ محمد أبي زهرة ص ٢١٠وما بعدها، أعلام الموقعين جـ١ ص ٢ وما بعدها الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٥٥ ومابعدها.

وكلها أحكام ثبتت بالأدلة الشرعية ، فليس هناك دليلاً مستقلاً يصح أن يعد دليلاً شرعياً مع النص، والإجماع والقياس يسمى استحساناً[1].

ولعل سائلا يسأل ويقول ؟ إذا كان الاستحسان راجعاً إلى الأدلة الشرعية المسلم بحجيتها وليس دليلاً شرعياً مستقلاً فلماذا سمي هذا النوع من الأدلة بالاستحسان؟ وخصوصاً إذا وجدنا أن الاستحسان الذي سنده النص نجد أن الحكم ثابت بالنص، والذي سنده العرف يكون ثابتاً بالعرف، والذي سنده قياس خفي ترجح على قياس جلي نجد أن الحكم المستحسن ثابت بالقياس.

فأجاب السرخسي عن هذا السؤال بقوله : سمي بالاستحسان للتمييز بين هذا النوع من الدليل وبين الظاهر الذي تسبق إليه الأوهام قبل التأمل على معنى أنه يمال بالحكم عن ذلك الظاهر لكونه مستحسناً لقوة دليله، وهو نظير عبارات أهل الصناعات في التمييز بين الطرق لمعرفة المراد ، فإن أهل النحو يقولون : هذا نصب على التفسير ، وهذا نصب على المصدر، وهذا نصب على الظرف، وهذا نصب على التعجب، وما وضعوا هذه العبارات إلا للتمييز بين الأدوات الناصبة ، وأهل العروض يقولون: هذا من البحر الطويل، وهذا من البحر المتقارب، وهذا من البحر المديد، فكذلك استعمال علماؤنا عبارة القياس والاستحسان للتمييز بين الدليلين المتعارضين ، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً، ولكونه مائلا عن سنن القياس الظاهر، فكان هذا الاسم

---

(1) راجع التلويح على التوضيح جـ٢ ص ١٦٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص ٢٠٦، الأدلة المختلف فيها لأستاذي الدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢٢٧

مستعاراً لوجود معنى الاسم فيه، بمنزلة الصلاة فإنها اسم للدعاء . ثم أطلقت على العبادة المشتملة على الأركان من الأفعال والأقوال لما فيها من الدعاء عادة[١] أهـ .

وأرى أن هذا المذهب لا يخالف المذهب الأول للجمهور إلا في كون الاستحسان هل هو دليل مستقل قائم برأسه. أم أنه دليل غير مستقل وهو يرجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى ؟

فكثير من العلماء الذين يرون أن الاستحسان حجة يرون أنه ليس دليلاً مستقلاً، وإنما هو دليل راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى، وتسميته بالاستحسان للتمييز بينه وبين الدليلين المتعارضين، وتخصيص أحدهما بالاستحسان لكون العمل به مستحسناً.

وبعض العلماء يرون أن الاستحسان دليل مستقل كالقياس سواءً بسواء. وهذا الخلاف لا يترتب عليه كثير فائدة لأن كلا من الفريقين يرون أن الاستحسان حجة يجب العمل به.

هذا وبعد عرض أقوال العلماء في حجية الاستحسان، وأدلة كل قول يتبين لنا أن الاستحسان حجة يجب العمل به، وهو مذهب الجمهور، وذلك لقوة أدلته، وضعف أدلة المخالفين لهم، حيث ثبت أنها لا ترد على الاستحسان الحنفي ، إلا فيما يتعلق باستحسان العرف، وأن اعتبار العرف أصلا من أصول الاستنباط موضع خلاف بين الشافعية والحنفية، كما أن أدلة ابن حزم على إبطال الاستحسان كلها قد رددنا عليها حتى

(١) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها.

هوت جميعها بما لا يدع مجالا للشك أنها باطلة . كما أن أدلة مـــن قـــال بأن الاستحسان ليس دليلاً مستقلاً، فمردود عليه بأن الاستحسان لا يكـون إلا فيما نص فيه كالقياس تماماً، والقياس دليل مستقل فكذلك الاستحسان.

المبحث الثالث
في
تحقيق مذهب الإمام الشافعي في الاستحسان

تمهيد

إذا تتبعنا أقوال الإمام الشافعي وأصحابه، والفروع الفقهية عند الشافعية نجد أنهم أخذوا بالاستحسان الذى قال به أصحاب المذاهب الأخرى ، ومن هذه الأقوال والفروع الفقهية مايلى :

أما الأقوال فهي كالتالي : قول الإمام الشافعي :

استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهما ، استحسن أن تثبت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام ، استحسن أن يترك شئ للمكاتب من نجوم الكتابة ، استحسن أن يضع المؤذن أصبعه في أذنيه إذا أذن، استحسن التحليف على المصحف.

قال : في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى القياس أن تقطع يمناه، والاستحسان أن لا يقطع.

وقال : فى الجارية المغنية ، وهي التى اشتريت بألفين، ولولا الغنى لساوت ألفاً. كل هذا استحسان والقياس الصحة.

وقال : في الحُصْر الوقف ونحوه إذا بلى إنه يباع ويصرف في مصالح المسجد، ومثله الجذع المنكسر ، والدار المنهدمة وهذا استحسان:

وذهب في أحد قوليه إلى منع قرض الجواري ممـــن هـــي حـــلال لـــه استحساناً وقال : استحسن مراسيل سعيد بن المسيب[1] .

وقال : فى الشاهدين إذا قالا نشهد أنه لا وارث له سألتهما عـــن ذلك ، فإن قالا : هو لا نعلم فذا، وإن قالوا تيقناه قطعاً فقد أخطأوا، ولكـن لاترد بذلك شهادتهما، ولكن أردها استحساناً.

وقال فى التولية على الوقف : إنه للواقف، وعلل بأنه المتقـــرب بصدقته. فهو أحق من يقوم بإمضائها. وهذا استحسان .

وقال فيما إذا أعار أرضاً للبناء عليها والغراس، فبنى المستعير أو غرس ثم رجع ، واتفقا على أن يبيع الأرض والبناء لثالث بثمـــن واحـــد فقيل: هو كما لو كان لهذا عبد ، ولهذا عبد فباعاهما بثمن واحد والمذهب القطع بالجواز للحاجة – وهذا استحسان.

وقال الرافعي[2]:

فى التغليظ على المعطل فى اللعان استحسن أن يحلف ويقال قـــل بالله الذي خلقك ورزقك. أهــ.

---

(١) هو أبو محمد المخزومي. الإمام شيخ الإسلام وفقيه المدينة ، أجل التابعين ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر، وكان أحد المفتين بالمدينة، وأحد قضاتها (راجع تذكرة الحفاظ جــ١ ص ٥٤، تهذيب التهذيب جـــ٤ ص ٨٤ ومـــا بعدها.

(٢) هو الإمام أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم القزويني الرافعي. إمام المذهـــب الشـــافعي، وصـــاحب التصانيف المشهورة التي لم يصنف مثلها في المذهب كالشرح الكبير وغيرهه توفى سنة ٦٢٣هـــ (راجـــع العـــبر جـــ٥ ص ٩٤، شذرات الذهب جـــ٥ ص ١٠٨، طبقات الشافعية جـــ٨ ص ٢٨١).

وقال القاضي الروياني[1]: فيما إذا امتنع المدعـــى مـن اليميـن المردودة وقال : امهلوني لأسأل الفقهاء استحسن قضاء بلدنا إمهاله يوماً. أهـ.

وقال بعض الشافعية :

فى تقدير نفقة الخادم على الزوج المتوسط:استحسن الأصحـاب أن يكون عليه مد وسدس لتفاوت المراتب في حق الخادمة، فـإن الموسـر عليه مد وثلث ، والمعسر عليه مد، فليكن المتوسط كذلك ، كما تفـاوتت المراتب في حق المخدومة .

وقال بعض الشافعية :

ليس لولي المجنونة، والصبية المراهقة ،إذا آلى عنهما الـزوج، وضربن المدة ، وانقضت أن لا يطالب بالغيبة لأن ذلك لا يدخل تحـت الولاية ، واستحسنوا أن يقول الحاكم للزوج على سبيل النصيحة اتـق الله في إليها أو طلقها[2].

---

(1) هو عبد الواحد بن إسماعيل أبو المحاسن .فخر الإسلام الروياني صاحب البحر والكافي بلغ مـن تمكنـه في الفقـه الشافعي أن قال لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي (راجع طبقات الشافعية جـ٧ ص ١٩٣ ، العـبر جـ٤ ص ٤).

(2) راجع أقوال الإمام الشافعي وأصحابه في الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٤ ومابعدها، نفائس الأصول في شـرح المحصـول جـ٩ ص ٤٠٣٧، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٧وما بعدها، شرح اللمع جـ٢ ص ٩٦٩، والموافقات جـ٤ ص ٢٠٦ وما بعدها، الآيات البينات جـ٤ ص ٢٦٤ وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدهـا، الإحكـام للآمدي جـ٤ ص ٢١٠، أصول الفقه للدكتور/ محمد أبو النور زهير جـ٤ ص ١٨٨، شـرح العضـد علـى المختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨، كشف الأسرار للنسفى جـ٢ ص٣٠٠، المستصفي جـ١ ص ٢٧٤.

هذه هى بعض الأقوال التى قالها الإمام الشافعي وأصحابه تدل على أن الاستحسان حجة ويعمل به عندهم.

وأما الفروع الفقهية التى تدل على أن الشافعية أخذوا بالاستحسان منها ما يلى قال صاحب المنهاج: إن المذهب صحة كفالة البدن للحاجة إليها، وقال الشافعي كفالة البدن ضعيفة أراد من جهة القياس(١).

وقال السيوطي(٢) تحت القاعدة الخامسة : الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة .

من الأولى : مشروعية الإجارة والجعالة والحوالة ونحوها جوزت على خلاف القياس، لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفي الثانية من الجهالة ، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين ، لعموم الحاجة إلى ذلك، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة . ثم قال : ومنها مسألة الصلح وإباحة النظر للمعاملة ونحوها وغير ذلك(٣).

وقال السيوطي تحت قاعدة العادة محكمة : أعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة....... وعد منها

---

(١) راجع مغنى المحتاج جـ٢ ص ٢٠٣، المجموع شرح المهذب جـ١٣ ص ٤٨٨

(٢) هو عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن أبي بكر بن عمر بن نصر الجلال الأسيوطي ولد سنة ٨٤٩هـ حفظ القرآن الكريم، والعمدة والمنهاج الفرعي والألفية في النحو من تصانيفه الإتقان في علوم القرآن والدر المنثور فى التفسير وغيرهما توفي سنة ٩١١هـ .

(راجع شذرات الذهب جـ٨ ص٥١ ، الضوء اللامع جـ٤ ص ٦٥)

(٣) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٧ ط عيسى البابي الحلبي وأولاده بمصر

الكثير وكان من بينها قوله : وفي عمـــل الصنـــاع علـــى ماستحســـنه الرافعي[١].

وأجاز الشافعية : نبش قبر الميت بعد دفنه للضرورة. وغصـــب الخيط لخياطة جُرح حيوان محترم، كما جوزوا أخذ مال الممتنع مـن أداء الدين بغير إذنه. وقالوا : لو عم الحرام بلداً بحيث لم يوجــد الحـــلال إلا نادراً فإنه يجوز استعمال ما يحتاج إليـــه ولا يقتصـــر علـــى موضـــع الضرورة[٢].

وقال الغزالى فى الزنديق المتستر إذا تاب : أن لا تقبل توبتـــه ، ويقتل خلافاً لمقتضى عموم الحديث" أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله " [٣].

وقال: فإن قيل فالزنديق المتستر إذا تاب فالمصلحة فى قتلـــه وأن لا تقبل توبته، وقد قال ﷺ " أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إلـــه إلا الله " فماذا ترون ؟ قلنا هذه المسألة في محل الاجتهاد ولا يبعد قتله إذ وجب بالزندقة قتله، وإنما كلمـــة الشـــهادة تســـقط القتـــل فـــي اليـــهود والنصارى، لأنهم يعتقدون ترك دينهم بالنطق بكلمة الشهادة ، والزنديـــق

---

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩

(٢) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(٣) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري وأحمد من طريق جابر بن عبد الله (راجع صحيح البخاري بحاشية السـندي جـ٢ ص ٢٤٣ باب وجوب الزكاة ، مسند أحمد جـ٢ ص ٣٣٢)

يرى التقية عين الزندقة . فهذا لو قضينا به فحاصله استعمال مصلحة في تخصيص عموم وذلك لا ينكره أحد[1]أهـ .

وأيضا قرر الشافعية : أنه يجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم ونباتهم لحاجة القتال والظفر بهم، وكذا الحيوان الذي يقاتلون عليه، مع أن الأصل حرمه إتلاف الأموال[2].

وقرر الشافعية : جواز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم لما يلحق الحجيج من الحرج لو لم يبح لهم ، مع نهي رسول الله ﷺ الصريح عنه.

وقد أفتوا بجواز ضمان الدرك[3]، مع أنه مخالف للقياس، معللين ذلك بحاجة الناس إلى معاملة من لا يعرفونه، فلو لم يجز ذلك للحق بالناس الحرج، وهذا ضرب من استحسان المصلحة.

وأفتوا بجواز تضبيب الإناء بالفضة مع عموم النهى عن استعمال الفضة معللين ذلك بالحاجة.

وكذلك أفتوا بجواز الأكل من الغنيمة في دار الحرب مع ورود النهي عن الانتفاع بها قبل القسمة، مستندين في ذلك إلى الحاجة[4].

---

(1) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(2) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣

(3) ضمان الدرك : هو أن يلتزم البائع بضمان العيب القديم الذي قد يوجد في المبيع لأن عقد البيع يقتضي بذاته سلامة المبيع من العيوب، وسلامته من حقوق الغير (راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٤ ص ٣١٧)

(4) راجع هذه الأمثلة في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٨

من هذه الأمثلة للفروع الفقهية عند الشافعية يتضح لنا أنهم يعملون بالاستحسان كغيرهم من أئمة المذاهب الأخرى، إلا أنهم لا يطلقون عليه هذه التسمية بل يرجعونه إلى القياس والمصلحة في غالب الأحيان.

وهناك بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي – رحمة الله – تدل على نفيه للاستحسان ، وأنه مذموم عنده ومن ذلك ما يلي :

١- من استحسن فقد شرع. أي ينصب من جهة نفسه شرعاً غير الشرع.

٢- الاستحسان تلذذ، ولو جاز لأحد الاستحسان في الدين لجاز ذلك لأهل العقول من غير أهل العلم، ولجاز أن يشرع في الدين في كل باب، وأن يخرج كل واحد لنفسه شرعاً.

٣- والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق . فهل تجيز أنت أن تقول : استحسن بغير قياس؟ فقلت : لا يجوز هذا عندي- والله أعلم – لأحد، وإنما كان لأهل العلم أن يقولوا دون غيرهم ، لأن يقولوا في الخبر باتباعه فيما ليس فيه الخبر بالقياس على الخبر.

٤- ومن قال استحسن لا عن أمر الله، ولا عن أمر رسول الله ﷺ فلم يقبل عن الله ولا عن رسوله ما قال، وكان الخطأ في قول من قال هذا بيناً.

٥- أفرأيت إذا قال الحاكم والمفتي في النازلة ليس فيها نص خبر، ولا قياس، وقال أستحسن فلا بد أن يزعم أن جائزاً لغيره أن يستحسن

خلافه فيقول : كل حاكم في بلد ومفت بما يستحسن فيقال : في الشيء الواحد بضروب من الحكم والفُتيا[1].

هذه هي بعض الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي التى تنفي الاستحسان :

وللتوفيق بين هذه الأقوال يمكن القول: بأن الأقوال التي وردت عنه تنفي الاستحسان، فالمراد به الاستحسان المبني على الهوى والتشهي من غير دليل من نص، أو قياس، وهذا لم يقل به أحد.

فالقائلون: بأن الإمام الشافعي – رحمه الله– يرفض الاستحسان غير مدركين لمقصد الإمام الشافعي – رضي الله عنه – إذ أن مراده استحسان النفس لا الاستحسان عن طريق القياس، والنص، والإجماع، والمصلحة، والضرورة : وهذه الأصول لا يسع فقيه من الفقهاء مخالفتها، إذ لا تخرج صورة منه عن ضربٍ من ضروب القياس ، أو اعتماداً على نص، أو إجماع ، أو ضرورة،أو مصلحة، أو عرف، وهذا شائع وذائع في فروعهم الفقهية، وموضع اعتبار عندهم، فلا مجال لإنكار الاستحسان أو العمل به في جميع المذاهب المشهورة.

وتحمل الأقوال الواردة عن الإمام الشافعي على أنه أخذ بالاستحسان على الاستحسان المبني على هذه الأصول السابق ذكرها.

---

(1) راجع هذه الأقوال في الإبهاج جـ٣ ص ٢٠٤، المستصفى جـ١ص ٢٧٤ ، نفائس الأصول جـ٩ ص ٤٠٣٧، البحر المحيط وما بعدها ، الرسالة ص ٥٠٥ وما بعدها، الأم جـ٧ ص ٣٠٠وما بعدها، إرشاد الفحول ص ٢٤٠ وما بعدها.

يؤيد هذا ما ذكره ابن عبد الشكور[١] حيث قال: والحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه، فإن أريد مايعده العقل حسناً فلم يقل بثبوته أحد، وإن أريد ما أردناه نحن فهو حجة عند الكل فليس هو أمراً يصلح للنزاع[٢]أهـ.

وقد صرح الغزالي بعد ما ذكر مفهوم المتأخرين من الحنفية للاستحسان بعدم الإنكار لهذا المفهوم ، وإنما أنكر تسميته استحساناً فقال: وهذا ما لا ينكر، وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسميته استحسانا من بين سائر الأدلة[٣]. أهـ.

وقال الشيرازي : وإن كان الأمر على ما فسره أصحابه – أى أبو حنيفة– فإنه لا مخالفة في معناه، فإن ترك أضعف الدليلين لأقواهما واجب، وترك القياس بدليل أقوى منه واجب[٤]. أهـ.

ويؤيد ما ذهبنا إليه ما جاء في الأم : قد كان ما خشي الشافعي أن يكون بل خرج الأمر في هذه العصور عن حده، فصرنا نرى كل من عرف شيئا من المعارف، زعم لنفسه، أنه يفتى في الدين والعلم، وأنه أعلم به من أهله، وخاصة من أشربوا في قلوبهم أو ربه وعقائدها،

---

(١) هو محب الله بن عبد الشكور البهاري الهندي، قاضي من الأعيان، ولى قضاء كلهنو ثم قضاء حيدر أباد الدكن ، ثم ولى صدارة ممالك الهند، لقب بفاضل خان من كتبه مسلم الثبوت في أصول الفقه، وسلم العلوم في المنطق، والجوهر الفرد (راجع الأعلام جـ٥ ص ٣٨٣)

(٢) راجع فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص ٣٢١

(٣) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٨٣

(٤) راجع التبصرة للشيرازي ص ٤٩٤ ط دار الفكر.

يزعمون أن عقولهم تهديهم إلى إصلاح الدين، وإلى الحق في التشـــريع، وخرجوا عن الخبر، وعن القياس إلى الرأى والهوى، حتى لنكاد نخشـــى أن تخرج بلاد المسلمين عن الإسلام جملة، والعلماء ساهون لاهـــون، أو مستضعفون ، يخافون الناس، ويخافون كلمة الحق[1] أهـــ .

وبعد هذا العرض لأقوال الإمـــــام الشـــافعي نـــرى أنـــه عمـــل بالاستحسان المبنى على الأدلة الشرعية وإن كان لا يسميه بهذا الاسم بل يطلق عليه القياس أو المصلحة.

(1) راجع الأم جـــ٧ ص ٣٠٠ وما بعدها.

المبحث الرابع
في
أنواع الاستحسان

تمهيد

إن المتتبع للفروع الفقهية – لدى مذاهب القائلين بالاستحسان – يجد أنهم يطلقون هذه التسمية على أنواع عديدة منها الاستحسان بالنص سواء كان النص من القرآن أو السنة ، أو بالأثر ، واستحسان بالإجماع، وبالضرورة، بالعرف، وبالمصلحة، وبالقياس الخفي وغير ذلك. نذكرها فيما يلي مع ذكر أمثلة لكل نوع [1].

---

[1] يلاحظ هنا في الأمثلة التي سأذكرها لكل نوع لم أتعرض فيها لذكر خلاف الفقهاء لأن القصد هو التمثيل لا التفريع على الدليل المختلف فيه وسأذكر مبحث خاص بالمسائل المتفرعة على الخلاف في الاستحسان في نهاية هذا البحث.

النوع الأول

في

" الاستحسان بالنص أو بالأثر"

ومعناه: ورود نص من القرآن أو السنة ، أو الأثر في مسألة يتضمن حكما يخالف الحكم الكلي الثابت بنصوص الشرع، أو يخالف قاعدة عامة تثبت بنصوص أخرى، أو هو العدول عن حكم القياس في مسألة إلى حكم مخالف له ثبت بالكتاب، أو السنة، أو الأثر[1].

وعرف البرديسي[2] هذا النوع بقوله : الاستحسان الثابت بالنص هو الاستحسان الذي يتحقق في كل واقعة يرد فيها نص معين يعطي لهذه الواقعة حكما يخالف الحكم الكلى الذى يجب تطبيقه على هذه الواقعة بمقتضى الدليل العام أو القاعدة المقررة[3].

وهذا النوع من الاستحسان ، هو من حيث الشكل والاصطلاح استحسان كما أطلق عليه الحنفية ، ولكنه من حيث الحقيقة نص يتضمن استثناء من الشارع لحالة خاصة من قاعدة عامة في الشرع، فهو استحسان من الشارع، ولاستحسان الشارع أمثلة كثيرة ، وهو دليل من

---

(1) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٠

(2) هو محمد زكريا البرديسي أستاذ الشريعة بكلية الحقوق جامعة القاهرة (راجع أصول الفقه للبرديسي ص٤ ط دار التأليف — بالقاهرة)

(3) راجع أصول للبرديسي ص ٣٠٨

الشرع على أن الشارع الحكيم قدر للحالات الخاصة أحكاما مستثناه تدل في مجملها على شرعية الاستحسان وإظهار حجيته.

ويقول الغزالى عن هذا النوع : وهذا مما لا ينكر وإنما يرجع الاستنكار إلى اللفظ، وتخصيص هذا النوع من الدليل بتسمية استحسانا من بين سائر الأدلة[1]، أهـ.

ولهذا النوع أمثلة كثيرة منها ما يلي :

١- أمثلة الاستحسا : من القرآن الكريم :

المثال الأول : الوصية :

فإنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، ومعلوم أن الإنسان إذا مات لا يملك شيئا، وخرج المال من حوزته، وانتقل إلى ورثته، وعلى هذا فإن القاعدة التى يجرى عليها القياس. إبطال الوصية لعدم الملك بعد الموت لكنها استثنيت من القاعدة العامة استحسانا للنص الوارد بجوازها. وهو قوله تعالى :﴿ **من بعد وصية يوصى بها أو دين** ﴾[2]. وقوله ﷺ " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم"[3].

---

(١) راجع المستصفى جـ١ ص ٢٨٣

(٢) سورة النساء من الآية ١١

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة فى أعماركم " وقال في الزوائد في إسناده طلحة بن عمرو الحضرمي ضعفه غير واحد، وروى من طريق معاذ بن جبل بلفظ " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حياتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم " وقال صاحب مجمع الزوائد عن هذا الحديث رواه الطبراني، وفيه عقبة بن حمد الضبي وثقه ابن=

وجاء في الهداية : الوصية غير واجبة، وهى مستحبة، والقياس يأبى جوازها، لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال : ملكتك غدا كان باطلا، فهذا أولى إلا أننا استحسناه لحاجة الناس إليها، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض- وخاف البيات - يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله، على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك ، فشرعناه . ثم قال: وقد نطق به الكتاب قال تعالى : ﴿**من بعد وصية يوصى بها أو دين**﴾[1].والسنة " إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم " [2]. وقال: عليه إجماع الأمة [3]. أهـ.

المثال الثاني : دية القتل الخطأ :

القياس العام يقضي بأن كل إنسان يضمن جناية نفسه لقوله تعالى:﴿ **ولا تزر وازرة وزر أخرى**﴾ [4]. ولكن استثنى الشارع حالة

=حبان وغيره، وضعفه أحمد (راجع سنن ابن ماجة جـ٢ ص ٩٠٤، حديث رقم ٢٧٠٩ كتاب الوصايا — باب الوصية بالثلث ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد جـ٤ ص ٢١٥ الناشر — مؤسسة المعارف — بيروت — لبنان).

(١) سورة النساء من الآية ١١

(٢) سبق تخريجه .

(٣) راجع الهداية وشروحها جـ١٠ ص ٤١٣ وما بعدها ط البابي الحلبي وأولاده ٠-بمصر، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص٥، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٠وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢، تيسير التحرير جـ٤ ص ٢٩٠ وما بعدها ، التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٣٠ ط دار الكتب العلمية- بيروت - لبنان

(٤) سورة فاطر من الآية ١٨

القتل الخطأ، وعدل عن القياس إلى إيجاب الدية على العاقلة قال تعالى : ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾[١].

وهذا استحسان تشريعي خولف فيه القياس رفقا بالجاني وتخفيفا عنه، وذلك لكثرة وقوع الخطأ من الجناة، ودية الآدمي كبيرة فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفا عنه لأنه معذور في فعله بسبب عدم قصده[٢].

٣- أمثلة الاستحسان من السنة :

المثال الأول : السلم :

وهو ما يعرف بأنه بيع شئ موصوف في الذمة بثمن عاجل[٣].

فهذا بيع لكنه لم يكن على قاعدة البيع المعهود . حيث إن من شروط صحة البيع أن يكون موجودا عند العقد، وهذا ليس بموجود عند العقد بل هو معدوم، ومقتضى النص الشرعي العام أن مثل هذا لا يجوز بيعه، لما روي أن رسول الله ﷺ قال لحكيم بن حزام[٤]: " لا تبع ما ليس عندك"[١]. لكنه استثنى من ذلك استحسانا لورود النص الخاص الذي يدل

---

(١) سورة النساء من الآية ٩٢

(٢) راجع الهداية وشروحها جـ١٠ ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٣) راجع مجمع الأنهر جـ٣ ص ٩٣، مغني المحتاج جـ٢ ص ١٠٢

(٤) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى. صحابي قرشي ولد بمكة- وكان صديقا للنبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وبعدها أسلم يوم الفتح، توفى سنة ٥٤هـ بالمدينة (راجع الأعلام جـ٢ ص ٢٦٩، شذرات الذهب جـ١ ص ٦٠).

لكنه استثنى من ذلك استحساناً لورود النص الخاص الذي يدل على جوازه، وهو ما روي أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: " من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"(٢). وأقمنا الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم(٣).

يقول السرخسي: فى أصوله عن هذا المثال والقياس يأبى جواز السلم باعتبار أن المعقود عليه معدوم عند العقد لكن تركناه للرخصة الثابتة بقوله ﷺ (٤)"ورخص فى السلم"(٥) .أ هـ.

وقال الكمال بن الهمام في فتح القدير بعد ذكره تعريف السلم وأدلة مشروعيته : ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس، إذ هو بيع

---

(١) هذا الحديث أخرجه الترمذي وأبو داود من نفس الطريق بنفس اللفظ (راجع سنن الترمذي جـ٣ ص ٥٢٥ كتاب البيوع — باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك حديث رقم ١٢٣٢، سنن أبي داود جـ٣ ص ٨٣ كتاب البيوع — باب الرجل يبيع ما ليس عنده حديث رقم ٣٥٠٣).

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من طريق ابن عباس بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٤ ص ٤٢٨ ومابعدها كتاب السلم — باب السلم في كيل معلوم حديث رقم ٢٢٣٩).

(٣) راجع الهداية وشروحها جـ٧ ص ٧٠ وما بعدها.

(٤) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣

(٥) هذا اللفظ لم يرد في كتب الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقد جاء في مجمع الأنهر بأنه لم يستدل أنه صلى الله عليه وسلم قد ورد عنه لفظ ورخص في السلم يقول محمد بن العز الحنفي في هوامش الهداية هذا اللفظ هكذا لم يرد عن أحد من الصحابة في كتب الحديث، وكأنه من كلام واحد من الفقهاء، أما النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان مع عدم ذكر الترخيص في السلم فهذا مروي عنه صلى الله عليه وسلم في حديث حكيم بن حزام السابق. (راجع مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ٢ ص ٩٧ ط دار إحياء التراث العربي بيروت — لبنان).

المعدوم، وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري ، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله، وهو بالسلم أسهل، إذ لابد من كون البيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدره في المال على المبيع بسهوله لتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع[1] أهـ.

المثال الثاني: الإجارة :

وهي عقد على المنافع بعوض، وهذه المنافع معدومة وقت العقد، والأصل في المعدوم عدم صحة تملكه، وعدم إضافة التمليك إليه، ولكن النص ورد بجوازها لحاجة الناس. فقال عليه الصلاة والسلام: " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه[2]" فإن الحديث دل على جواز الإجارة من جهة أن الأمر بإعطاء الأجرة يفيد المشروعية، وهى ثابتة استحسانا، لأنه عدول عن البطلان إلى الصحة بدليل[3].

---

(1) راجع فتح القدير على الهداية جـ٧ ص ٧١ وما بعدها، ومثله في العناية على الهداية جـ٧ ص ٧١، بدائع الصنائع ص ٢٠١

(2) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من طريق ابن عمر بنفس اللفظ،وقال عنه في إسناده وهب بن سعيد وعبد الرحمن بن زيد ضعيفان ، وأخرجه البيهقي من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع سنن ابن ماجة جـ٢ ص ٨١٧ كتاب الرهون- باب أجر الأجراء حديث رقم ٢٤٢٣، والسنن الكبرى للبيهقي جـ٦ ص ١٢١ كتاب الإجارات — باب إثم من منع الأجير أجره).

(3) راجع بدائع الصنائع جـ٤ ص ١٧٣ وما بعدها، أحكام القرآن الكريم لابن العربي جـ٣ ص ١٤٧٣، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٢٠ وما بعدها، المجموع جـ١٥ ص ٥.

جاء في الهداية: الإجارة في اللغة . بيع المنافع، والقياس يأبى جوازها لأن المعقود عليه- المنفعة – وهي معدومة، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه، وقد شهدت بصحتها الآثار منها – قوله ﷺ " أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه[1] " وقوله ﷺ " من استأجر أجيرا فليعلمه أجره[2] " أهـ .

وقال صاحب العناية[3] – لم يقتض القياس جوازها. إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالأثر لحاجة الناس فكان استحسانا بالأثر[4]. أهـ.

وقال السرخسي : وكذلك جواز عقد الإجارة فإنه ثبت على خلاف القياس. لحاجة الناس إلى ذلك، فإن العقد على المنافع بعد وجودها لا

---

(1) سبق تخريجه.

(2) هذا الحديث أخرجه البيهقي من طريقة أبي هريرة من حديث مطول وفيه " من استأجر أجيرا فليعلمه أجره" ، أخرجه الشوكاني من طريق أبي سعيد الخدري بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى جـ٦ ص ١٢٠ كتاب الإجارة باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة ، نيل الأوطار جـ٥ ص ٣٢٩ باب النهي أن يكون النفع والأجر مجهولا).

(3) هو أكمل الدين محمد بن شمس الدين محمد بن أحمد الرومي البابرتي الحنفي ولد سنة بضع عشرة وسبعمائة، وكان حسن المعرفة بالفقه والأصول، صنف مشارق الأنوار، وشرح البزدوي، والهداية وغير ذلك توفي سنة ٧٨٦هـ ودفن بمصر (راجع الفوائد البهية ص ١٤١ وما بعدها ط دار المعرفة للطباعة والنشر- بيروت – لبنان).

(4) راجع الهداية وشرح العناية جـ٩ ص ٥٨ وما بعدها.

يتحقق لأنها لا تبقى زمانيين فلا بد من إقامة العين المنتفـــع بـــها مقـــام المنفعة في حكم جواز العقد لحاجة الناس إلى ذلك[١] أهـــ .

المثال الثالث : الحكم بصحة صوم من أكل أو شرب ناسيا في نهار رمضان .

فإن مقتضى القاعدة العامة التي يجري عليها القياس- هو فســـاد صوم من أكل أو شرب ناسيا- لأن الإمساك عن المفطرات ركن الصوم، والذي لا يصح بدونه، وقد فات هذا الركن بالأكل أو الشـــرب ناســيا ، والشئ لا يبقى مع فوات ركنه، إلا أن صحة الصوم في هذه الصورة قـد استثنيت للأثر الوارد فيها. وهو أن االنبي ﷺ قال : " مـن نســي وهـو صـــائم فأكـــل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه"[٢]. فقد عدل عن القول بفساد الصوم هنا والحكم ببقائه استحسانا بالنص[٣].

يقول السرخسي : فأما تركه بالنص فهو ما أشار إليه أبو حنيفة – رحمه الله – في أكل الناسي للصوم . لولا قول الناس لقلـــت يقضـــى – يعني به- رواية الأثر عن رسول الله ﷺ ، وهو نص يجب العمل به بعد ثبوته ، واعتقاد البطلان في كل قياس يخالفه[٤] أهـــ.

---

(١) راجع أصول السرخسي جـــ٢ ص ٢٠٣

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري من طريق أبي هريرة بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخارى جـــ٤ ص ١٥٥ باب رقم ٢٦ حديث ١٩٣٣- كتاب الصـــوم — باب الصـــائم إذا أكل أو شرب ناسيا).

(٣) راجع الهداية وشرح العناية جـــ٢ ص ٣٢٧- باب ما يوجب القضاء والكفارة.

(٤) راجع أصول السرخسى جـــ٢ ص ٢٠٢، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـــ٤ ص ٥

المثال الرابع: قاطع الطريق إذا أخذ المال فقط ثم تركه تائبا.

فإن القاعدة التي يبنى عليها القياس، إجراء الحد عليه، ولا يسقط عنه لارتكابه ما يوجب ذلك، وقد قالوا إذا وجد السبب وجد المسبب، لكن يسقط الحد عنه استحسانا لأنه تاب قبل أن يقدر عليه ويكون فيه تشجيع للذين يعصون ثم يتوبون قبل القدرة [١]عليهم قال تعالى : ﴿**إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم**﴾ [٢].

المثال الخامس: خيار الشرط:

فإن البائع إذا أمضى العقد فإنه ينفذ ولا يصح له الرجوع في بيعه، وعلى هذا فإنه إذا اشترط أحد المتبايعين الخيار، فإن القاعدة التي يجري عليها القياس، هو بطلان هذا الشرط لما يترتب على إمضاء العقد من نقل الملكية إذ أن الخيار يمنع هذا النقل، وبذا يكون الخيار منافيا لمقتضى العقد، والقاعدة تقرر أن كل ما يخالف مقتضى العقد لا يجوز، وخيار الشرط لا يجوز تبعا لهذه القاعدة، لكنه عدل عنه إلى الجواز

---

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٤٢٨ وما بعدها.

(٢) سورة المائدة الآية ٣٤

استحسانا[١]. نظرا لقوله ﷺ لحبان بن منقذ[٢] – وكان يخدع في البيوع " إذا ابتعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام "[٣].

٣- أمثلة للاستحسان بالأثر :

المثال الأول : السرقة :

وهى أخذ مال الغير على سبيل الخفية.نصابا محرزا من غير تأويل ولا شبهة[٤]:فإذا تحققت بشروطها فإن الواجب فيها القطع مطلقا لعموم قوله تعالى:﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم**﴾[٥].لكنه عدل عن القطع استحسانا،وذلك في عام المجاعة كما فعل عمر بن الخطاب ﷺ حتى لا يجتمع على السارقين ضرران.ضرر الجوع،وضرر القطع للسرقة،وتخصيصا لهذا العام بفعل الصحابى[٦].

---

(١) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢٩٨ وما بعدها.

(٢) هو حبان بن واسع بن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري المازني المدني بن عمر بن يحيى ، روي عن أبيه وخلاد السائب وعنه عمرو بن الحارث، وأخرجوا له حديثا واحدا في الوضوء. (راجع تهذيب التهذيب جـ٢ ص ١٧٠ وما بعدها).

(٣) هذا الحديث أخرجه الدارقطني في سننه من طريق حبان بن منقذ بنفس اللفظ (راجع سنن الدارقطني جـ٣ ص ٥٦ حديث رقم ٢٢٠ كتاب البيوع ط دار المحاسن للطباعة والنشر – بالقاهرة).

(٤) راجع شرح العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٥٤

(٥) سورة المائدة الآية ٣٨

(٦) راجع المهذب جـ٢ ص ٢٨٢

المثال الثاني: عدم قطع من قطعت يده ورجله:

إن السارق إذا سرق أول مرة تقطع يمينه من الزند، فإذا سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى، فإذا سرق ثالثا لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب. وهذا استحسان، ووجه قول علي[1] ﷺ " **إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها، ويستنجي بها، ورجلا يمشي عليها**" [2].

وقد ذكر علماء الأصول هذا المثال تحت الاستحسان بالإجماع، والواقع أنه ترك للقياس لقول الصحابي. لأن كتب الأصول لم تذكر في هذا النوع وهو الاستحسان بالنص، الاستحسان بالأثر، إلا ما ذكره الشاطبي عن ابن العربي حيث يقول: ويستحسن أبو حنيفة أن يخص بقول الواحد من الصحابة الوارد بخلاف القياس[3].

واعتبر كثير من العلماء القدامى والمحدثين الاستحسان بقول الصحابي من قبيل ما استحسن بالأثر وليس من قبيل ما استحسن بالإجماع، لأن ورود الأثر على خلاف القياس يجعله في حكم المرفوع إلى النبي ﷺ.

([1]) هو علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، ويكنى بأبي الحسن، صهر رسول الله صلى الله عليه وسلم، أول من أسلم من الصبيان تولى الخلافة سنة ٣٥هـ توفي من إصابة، وغسله الحسن والحسين ودفن بالكوفة (راجع الفتح المبين جـ١ ص ٥٧، العبر جـ١ ص ٣، الأعلام جـ٤ ص ٢٩٥).

([2]) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق عبد الله بن سلمة بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقي جـ٨ ص ٢٧٥ كتاب السرقة باب السارق يعود فيسرق).

([3]) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٣٩٥ وما بعدها، الموافقات جـ٤ص٢٠٩، الإبهاج جـ٣ص ٢٠٤، البحر المحيط جـ٨ ص ١٠٨

ومثاله : أن الإمام أو الحاكم إذا رأى رجلا قد سرق أو زنى أو شرب خمرا فلا ينبغي أن يقيم عليه الحد برؤيته ذلك حتى يقوم به عنده بينة ، وهذا استحسان.

وقال أبو يوسف [1] : له ذلك، معللا قوله:لما بلغنا في ذلك من الأثر وهو ما روي أن أبا بكر[2] ﷺ قال : " لو رأيت رجلا على حد من حدود الله ما أخذته ولا دعوت له أحدا حتى يكون معي غيرى" [3]. أهـ.

المثال الثالث : الطلاق الثلاث بلفظ واحد

أوقع سيدنا عمر ﷺ الطلاق الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، وخالف بذلك ما جرى عليه العمل في عهد الرسول ﷺ ، وعهد أبي بكر ، وصدر من عهده هو أيضا، ذلك لأنه رأى في هذا وسيلة لمنع المسلمين

---

(1) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي صاحب أبي حنيفة وتلميذه ، وهو أول من نشر مذهب الحنفية ولد بالكوفة سنة ١١٣هـ (راجع الفتح المبين جـ١ص ١٠٨ ،شذرات الذهب جـ١ص٢٩٨، العبر جـ١ص ٢١٩).

(2) هو عبد الله بن أبي قحافة يلتقي هو ورسول الله صلى الله عليه وسلم عند مرة بن كعب كان اسمه في الجاهلية عبد الكعبة فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بويع بالخلافة يوم الاثنين الذي توفي فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ،توفى رضى الله عنه سنة ١٣ هـ (راجع شذرات الذهب جـ١ص٣٣وما بعدها، العبر جـ١ص١٣)

(3) هذا الأثر أخرجه البيهقي من طريق الزهرى عن أبي بكر الصديق بنفس اللفظ (راجع السنن الكبرى للبيهقي جـ١٠ ص ١٤٤- كتاب الشهادة — باب من قال ليس للقاضى أن يعمل)

من الحلف بالطلاق الثلاث بعد أن تتابعوا فيه[١]، وللاستحسان بالأثر أمثله كثيرة ولكن اكتفينا بهذا القدر

---

(١) راجع هذا النوع من الاستحسان وهو الاستحسان بالنص وأمثلته في المراجع السابقة التي ذكرتها في كل مثال، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥ وما بعدها، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٠ وما بعدها، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٢ وما بعدها، و شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها ، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨ وما بعدها، المستصفى جـ١ ص ٢٨٣ ، التوضيح جـ٢ ص ١٦٣، المبسوط جـ٩ ص ٢٠٤ ط دار المعرفة، بداية المجتهد جـ٢ ص ٨٢، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي جـ٣ ص ١٣٠، الاعتصام جـ٢ ص ١١٨، أصول الفقه للإمام محمد أبو زهرة ص ٢٤٩ وما بعدها، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١١ ، أصول الفقه للبرديسي ص ٣٠٨ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين بدران ص ١٩٩ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد أبو المكارم ص ٢٦٦ وما بعدها، بحوث في الأدلة المختلف فيها للدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه ص ٦٨ وما بعدها.

النـوع الثانـي
الاستحسان بالإجماع

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع على حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس، ويكون ذلك بإفتاء جميع المجتهدين في حادثة على خلاف القياس في أمثالها، أو على خلاف مقتضى الدليل العام، كما يكون بسكوت المجتهدين وعدم إنكارهم على ما تعامل الناس به أو مخالفا للأصول العامة والقواعد المقررة. ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها ما يلي :

المثال الأول : عقد الاستصناع:

وهو أن يتفق شخص مع آخر على أن يصنع له ثوبا نظير مبلغ معين من المال مع بيان صفته ومقداره، ولايذكر له أجلا .

فالقياس: يقتضي عدم جواز هذا العقد. لأن الشئ المطلوب صنعه معدوم وقت العقد، والعقد على المعدوم لا يجوز، لكن ترك القياس الذي يقتضى عدم الجواز ، وقيل: بالجواز استحسانا بالإجماع لتعامل الناس من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار[1].

---

(1) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٠٤، بدائع الصنائع جـ٥ ص ٢ وما بعدها، التلويح جـ٢ ص ١٦٣ وما بعدها، مسلم الثبوت جـ٢ ص ٢٧٩، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ص ٢٩١ وما بعدها، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨، التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٢، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٤ ص ٦٣٢، أصول الفقه لأبي زهرة ص ٢٤٩.

يقول عبد العزيز البخاري: ومن الاستحسان ما ثبت بالإجماع مثل الاستصناع يعنى فيما فيه للناس تعامل . مثل أن يأمر إنسانا ليخرز له خفا مثلا بكذا، ويبين صفته ومقداره، ولا يذكر له أجلا، ويسلم له الدراهم، أولايسلم . فإنه يجوز والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع معدوم للحال حقيقة ، وهو معدوم وصفا في الذمة ، ولا يجوز بيع شئ إلا بعد تعيينه حقيقة- أى ثبوته في الذمة – كالسلم- فأما مع العدم من كل وجه فلا يتصور عقد، ولكنهم استحسنوا تركه بالإجماع الثابت بتعامل الأمة من غير نكير، لأن بالإجماع يتعين جهة الخطأ في القياس، كما يتعين بالنص فيكون واجب الترك، وقصروا الأمر على ما فيه تعامل لأنه معدول به عن القياس.

فإن قيل : الإجماع وقع معارضا للنص وهو قوله ﷺ "لاتبع ما ليس عندك"[١]. قلنا قد صار النص في حق هذا الحكم مخصوصا بالإجماع فبقي القياس النافي للجواز معارضا للإجماع فسقط اعتباره بمعارضة الإجماع[٢]أهـ.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٥ وما بعدها، وجاء مثله في شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣؛ أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٩

المثال الثاني: الاستحمام في الحمامات المعدة لاستئجارها:

لهذا الغرض من غير تقدير للأجرة ، أو الماء المستعمل، أو مدة المكث فيه، فإن القياس يقضي بعدم جواز ذلك للجهالة الحاصلة من عدم تقدير الماء والأجرة، والمدة التى يمكثها. لأن الناس يتفاوتون فيما يستهلكون من الماء، كما يتفاوتون في المدة التي يمكثونها، والجهالة في هذه الأمور تفسد العقد، ولكن جاز استحسانا لجريان العرف بذلك في كل زمان ومكان ، ولم يحدث إنكار من المجمعين في أى عصر من العصور من عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا على دخول الحمام بهذه الصفة لأن فيه دفعا للضرر والمشقة[1].

قال صاحب العناية : ويجوز أخذ أجرة الحمام لجريان العرف بذلك، والقياس عدم الجواز للجهالة، ولكنه ترك لإجماع المسلمين[2].أهـ.

المثال الثالث : طلاق الزوجة باختيارها لنفسها:

وذلك كأن يقول الرجل لزوجته اختاري أحد أمرين إما نفسك ، وإما أنا فتقول أختار نفسي . حينئذ فإنها تكون بائنة بواحدة أى بينونة صغرى استحسانا .

---

(1) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٩٦، الإحكام للآمدى جـ٤ ص ٢١٠، نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٣٧، البينات جـ٤ ص ٢٦٥

(2) راجع العناية على الهداية جـ٩ ص ٩٧

والقياس أن لا يقع شئ من الطلاق وإن نواه الزوج، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ، لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لغة، فلا يملك التفويض إلى غيره، إلا أن الأحناف استحسنوه لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم على أن المخيرة إذا اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق، وكذا أيضا شبهوا هذا الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح، وهو خيار المعتقة، وامرأة العنيين، وتقع الفرقة بذلك الخيار، فتقع في مثالنا بهذا اللفظ[1].

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ٤ ص ٨٨ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٣ ص ١١٨

النوع الثالث
استحسان بالضرورة والحاجة

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس، والأخذ بمقتضى الضرورة لرفع حرج يغلب على الظن وقوعه أو يتحقق، أو لرفع غلو القياس، ذلك أن المسائل التي يقاس بعضها على بعض تختلف نتائجها عسرا ويسرا عدلا وجورا لما يحف بها من ظروف. وهذا المعنى أشار إليه الإمام السرخسي في المبسوط حيث قال : الاستحسان ترك القياس إلى ما هو أرفق بالناس[1]. ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة عديدة نذكر منها ما يلي:

المثال الأول: طهارة الآبار والأحواض التي وقعت فيها نجاسة استحسانا.

فإن القياس الظاهر يقضي بعدم طهارتها بعد تنجسها وهو بقاء شئ من النجاسة فيها، لأن خروج بعض الماء النجس من الحوض والبئر لا يؤثر في طهارة الباقي، ولو أخرج الكل فما ينبع من أسفل، أو ينزل من أعلى يلاقي نجسا من طين، أو حجرا وغيرها فينجس بملاقاته. ولا يمكن صب الماء على البئر والحوض ليتأتي التطهير لأن الدلو والماء الطاهرين يتنجسان بملاقاة ماء البئر والآنية المتنجسين، لكنهم تركوا العمل بموجب هذا القياس للضرورة فإن لها أثرا في سقوط الخطاب، لأن

(١) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت — لبنان

فيه حرجا، والحرج مدفوع بالنص قال تعالى:**﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾** (١). وبالتالى يحكم بطهارة مياه الآبار والحياض والأواني التي وقعت فيها نجاسة إذا نزح قدر ما فيها من الماء، وذلك بأن يقاس عمق البئر وعرضها وتحفر حفرة مماثلة في المساحة ويخرج منها الماء المتنجس، وتصير طاهرة استحسانا لا قياسا(٢).

يقول صاحب الهداية: ومسائل الآبار مبينة على اتباع الآثار دون القياس ثم قال: إن وقعت فيها بعرة، أو بعرتان من بعر الإبل والغنم لم تفسد الماء استحسانا، والقياس أن تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل. أهـ.

<u>ووجه الاستحسان</u>: أن آبار الفلوات ليس لها رءوس حاجزة، والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها، فجعل القليل عفوا للضرورة، ولا ضرورة في الكثير، وهو ما يستكثره الناظر إليه، وكذلك الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين ترمي البعرة، ويشرب اللبن لمكان الضرورة(٣).أهـ

ويقول السرخسي : وأما ترك القياس لأجل الضرورة فنحو الحكم بطهارة الآبار والحياض بعدما تنجست ، والحكم بطهارة الثوب النجس إذا غسل في الإجانات. فإن القياس يأبى جوازه لأن ما يرد عليه النجاسة

---

(١) سورة الحج من الآية ٧٨

(٢) راجع كشف الأسرار للبخارى جـ٤ ص ٦، شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣، التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٢، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨، كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص ١٩١

(٣) راجع الهداية مع فتح القدير جـ١ ص ٩٨ وما بعدها.

يتنجس بملاقاته ، وتركناه للضرورة المحوجة إلى ذلك لعامة الناس، فإن الحرج مدفوع بالنص، وفي موضع الضرورة يتحقق معنى الحرج لو أخذ فيه بالقياس فكان متروكا بالنص[1]. أهـ.

واعترض صاحب التقرير على كون هذا المثال من الاستحسان بالضرورة فقال : والحق أن تطهير الآبار لا يعد مطلقا من هذا القبيل، إذ لا يخفي أن ما وجب فيها نزح البعض فهو من الاستحسان بالأثر ، لا من الاستحسان بالضرورة[2]. أهـ

المثال الثاني : عدم الفطر في الصوم بما يصعب الاحتراز عنه.

فإن القياس يقضى بأن كل ما دخل في جوف الصائم فإنه يبطل صومه ويفطره، ولكنه حكم بصحة صوم من دخل التراب، أو الدخان، أو غبار الدقيق إلى حلقه، وكذا لو دخلت ذبابة إلى حلقة، وهو ذاكر لصومه فإنه لا يفطر استحسانا ، لأن هذه الأشياء لا يمكن الاحتراز عنها[3].

المثال الثالث : قبول الشهادة بالتسامع :

فإن القياس يقضى بأنه لا يجوز للإنسان أن يشهد إلا بما يرى، لكنه جوز الشهادة بالتسامع، أو بالسماع في النسب، وفي النكاح والدخول فيه، وإن لم يعاين الشهود ذلك، لأنها مسائل تتقادم بتقادم الزمن، ولو

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٣

(2) راجع التقرير والتحبير جـ٣ ص ٢٢٢

(3) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٢ ص ٣٣٢

قلنا: بأن الشهادة لابد فيها من الرؤية لترتب على ذلــك ضــرر كبــير، ومشقة شديدة . فقد لا يحضر الولادة إلا امرأة ، وحينئذ فإنه يتعسر علــى الرجل أن يشاهد ولادة المرأة، وقد يموت المعاين للنكاح، ولو كلف الناس بإحضار من مات، وهو الرائى فإن في ذلك أيضا مشقة شــديدة، وبــذا جوز الشهادة بالسماع استحسانا[1].

وفي هذا المعنى يقول صاحب الهداية : ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشئ لم يعاينه، إلا في النسب والموت والنكاح والدخــول فيــه، وولايــة القاضي، فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به وهــذا استحسان

والقياس أن لا تجوز، لأن الشهادة مشتقة من المشـــاهدة، وذلــك يتحقق بالعلم، ولم يحصل فصار كالبيع أى لا يجوز للشـــاهد أن يشــهد بالسماع بل لابد من المشاهدة.أهـــ.

وجه الاستحسان: أن هذه الأمور تختص بمعاينة أســبابها خــاص مــن الناس، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم تقبــل فيــها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج، وتعطيل الأحكام بخلاف البيع ، لأنـــه يسمعه كل أحد، ولهذا كان لابد فيه من المشاهدة والمعاينة[2]

---

(1) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـــ٤ ص ١٩٨، مغني المحتاج جــــ٤ ص ٤٤٨، الفقــه الإســلامي للدكتور الإسلامي زكي الدين شعبان ص ١٦٢ ط المجلس الأعلى للشئون الإسلامية.

(2) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جــ٧ ص ٣٨٨ وما بعدها.

المثال الرابع: ذكره الشاطبي:

وهو ترك مقتضى الدليل في اليسير لتفاهته ونزارته، لرفع المشقة، وإيثار التوسعة على الخلق، وذلك كإجازتهم التفاضل اليسير في المراطلة الكثيرة، وكإجازة بيع وصرف في اليسير إذا كان أحدهما تابعا للآخر[1].

المثال الخامس: شهادة غير المسلم تقبل على المسلم.

من القواعد المقررة – أن شهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم لقوله تعالى: ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**﴾[2]. ولكن الضرورة اقتضت أن تعدل عن هذه القاعدة، وتقبل شهادة غير المسلم على المسلم استحسانا.

كما لو ادعى مسلم وصية ذمي له بما عند مسلم آخر عليه دين للذمي فأقر من عليه الدين بالدين، ولكنه أنكر الوصية، وموت الموصى. حينئذ تقبل شهادة رجلين من الذميين بالموت والوصية، مع أن القياس لا تقبل شهادتهما لعدم عدالتهما، ولكنها قبلت استحسانا، لأن الوصية لا تكون إلا عند الموت، وموت الذمي لا يحضره المسلمون غالبا، فلو لم تقبل شهادة الذميين لضاعت الحقوق فقبلت شهادتهما استحسانا[3].

---

(1) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨، الاعتصام جـ٢ ص ١٤٢

(2) سورة النساء من الآية ١٤١

(3) راجع العناية على الهداية جـ٧ ص ٤١٧ وما بعدها.

المثال السادس : عدم بطلان المساقاة بموت رب الأرض إذا كان الخارج بسر.

فالقياس العام يقضي بأن تبطل المساقاة بالموت لأنها في معنى الإجارة ، فإن مات رب الأرض – والخارج بسر[١]– للعامل أن يقوم عليه ، كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر– وإن كره ذلك ورثه رب الأرض– استحسانا ، فيبقى العقد دفعا للضرر عنه، ولا ضرر فيه على الآخر[٢].

(١) البسر : تمر النخيل قبل أن يصير رطبا . (راجع المصباح المنير جـ١ ص ٤٨)

(٢) راجع الهداية مع شرح تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٨١

النوع الرابع
استحسان العرف والعادة

وهو العدول عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه، لجريان العرف بذلك ، أو بما اعتاده الناس.

وهو يتحقق في كل تصرف تعارف عليه الناس واعتادوه. إذا كان هذا التصرف يخالف قياسا ، أو قاعدة من القواعد المقررة .

يقول السيوطي : اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة ، فمن ذلك سن الحيض، والبلوغ ، والأفعال المنافية للصلاة، والنجاسات المعفو عن قليلها وغيرها[1]أهـ .

ويقول الشاطبى – نقلا عن ابن العربى – الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص، لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته، ثم جعله أقساما. فمنه ترك الدليل للعرف، كرد الأيمان إلى العرف[2]أهـ.

والأمثلة لهذا النوع من الاستحسان كثيرة نذكر منها مايلى:

<u>المثال الأول</u>: حلف لا يأكل لحما . لم يحنث بالسمك

لو حلف الرجل لا يأكل لحما، فأكل سمكا، فإن القياس يقضى أن يحنث الحالف لأن الله سبحانه وتعالى قد سمى السمك لحما في قوله

---

(1) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٩ ط دار إحياء الكتب العربية . عيسى البابي الحلبي وشركاه.

(2) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨ .

تعالى : ﴿ **وما يستوى البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طريا** ﴾ [١]. لكن ترك هذا القياس الذي يقضي بالحنث، وقلنا بعدم الحنث استحسانا لجريان العرف العام على أن السمك ليس بلحم، وإن سماه الله تعالى لحما[٢].

المثال الثاني: حلف لا يدخل بيتا ثم دخل مسجدا.

لو حلف رجلا على أن لا يدخل بيتا فدخل مسجدا. فإن القياس والقواعد العامة تقرر أن الحالف هنا يحنث لأن المساجد قد سماها الله تعالى بيوتا فقال تعالى :﴿ **فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال** ﴾[٣].

لكن ترك هذا القياس، ولا يحنث الحالف هنا استحسانا لجريان العرف العام على أنه لا يطلق على المساجد بيوتا[٤].

المثال الثالث : استئجار المرضعة بطعامها وكسوتها.

فإن استئجار المرضعة بأجرة معلومة جائز باتفاق، ويجوز بطعامها وكسوتها- استحسانا – عند أبى حنيفة- رحمه الله تعالى .

---

(١) سورة فاطر من الآية ١٢

(٢) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٢، الهداية وشروحها جـ٥ ص ١٢١، أصول الفقه للبرديسى ص ٢١٦

(٣) سورة النور الآية ٣٦

(٤) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٩٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٤، أصول الفقه للبرديسى ص ٣١٦.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لايجوز لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ،فإنه لايجوز إلابأجر معلوم

ووجه استحسان أبي حنيفة:أن العادة جارية بالتوسعة على المراضع شفقةعلى الأولاد وبذلك تكون الجهالة معدومة لتعارف الناس على ذلك[1].

المثال الرابع: جواز وقف المنقول استقلالا عن العقار

وقف المنقول فإنه لم يرد نص يفيد جواز وقفه، لأن الأصل في الوقف أن يكون مؤبدا، فبمقتضى هذا الأصل لا يجوز وقف المنقول المستقل عن العقار لأنه يتسارع إليه الفساد ، ولا يقبل التأبيد، ولكن جاز وقف المنقول استحسانا لتعامل الناس به، وإن كان في القياس لا يجوز.

فقد نقل عن محمد بن الحسن الشيباني[2] أنه أجاز وقف ما جرى به العرف من المنقولات المستقلة كالكتب ونحوها بطريق الاستحسان لأن الناس تعارفوه[3]. أهـ.

(1) راجع الهداية وشروحها جـ٩ ص ١٠٤ وما بعدها.

(2) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني. أبو عبد الله إمام بالفقه والأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، له كتب كثيرة في الفقه والأصول منها المبسوط والزيادات، والجامع الكبير والصغير والآثار والسير والموطأ والأمالي والمخارج في الحيل وغيرها توفي سنة ١٨٩هـ (راجع الأعلام جـ٦ ص ٨٠، الفتح المبين جـ٢ ص ٨٠).

(3) راجع شرح فتح القدير جـ٦ ص ٢١٦

المثال الخامس : ما يعتبر ردا فى العارية .

إذا استعار إنسان دابة من آخر فردها المستعير إلى اصطبل مالكها، فهلكت لم يضمن استحسانا ، وفي القياس أنه يضمن لأنه لم يردها إلى مالكها، وإنما ضيعها.

وجه الاستحسان: أنه أتى بالتسليم المتعارف عليه عرفا وعادة، لأن رد العوارى إلى دار الملاك أمر معتاد كآلة البيت، ولو ردها المستعير إلى المالك، فإنه سيردها إلى المربط[1].

المثال السادس : إذا استأجر الرجل جملا ليحمل عليه محملا وراكبين إلى بلد كذا:

جاز استحسانا، وإن كان المحمل مجهولا ، ومثل هذا يفسد الإجارة لجهالته، ولكن العرف قضى على ذلك، فيصرف إلى المتعارف، فانتفت الجهالة المؤدية إلى النزاع [2].

المثال السابع : حلف لا يصلي. فمقتضى القياس أن يحنث

بمجرد الافتتاح، كما في الصوم حيث يحنث بمجرد الشروع،ولكنه لا يحنث إلا بركعة تامة الأركان، لأن الصلاة في عرف الشارع عبارة عن هذه الأركان ، فما لم يأت بجميع الأركان لا يسمى فعله صلاة،

---

(1) راجع تكملة فتح القدير على الهداية جـ٩ ص ١٧.

(2) راجع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٥١

بخلاف الصوم فإنه ركن واحد وهو الإمساك، فيتكرر في الجزء الثاني(١).

النوع الخامس
الاستحسان بالمصلحة

وهو أن يكون للمسالة حكم بمقتضى النص العام، أو القاعدة المقررة، ووجدت مصلحة تقتضي استثناءها من هذا الحكم وإعطاءها حكما على خلافه، أو هو الأخذ بمصلحة جزئية في مسألة ما في مقابلة القياس، وذلك لأن الأخذ بالمصلحة أقرب إلى مورد الشرع، وفيه تحقيق مصلحة أو درء مفسدة، لكن يجب أن تكون المصلحة قد شهدت لها النصوص الشرعية من حيث الجنس حتى تصلح لمعارضة القياس ورجحانها عليه، فحكم الاستحسان هنا عدل به عن نظائرها لمصلحة أكمل وأخص من مصالح نظائرها(٢).

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلى :

المثال الأول : ضمان الأجير المشترك استحسانا.

الأجير المشترك كالصباغ والخياط وغيرهما إذا هلك المال في أيديهم بغير تعد أو تقصير، فإن مقتضى القياس عدم الضمان لأن الأمين

---

(١) راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٣ ، تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفى شلبي ص ٣٥٥ ط الأزهر.

(٢) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٧ وما بعدها.

غير ضامن إلا إذا تعدى، أو قصر في الحفظ ، ولكن عدل عن هذا، وحكم بالضمان للمصلحة ، وهى المحافظة على أموال الناس، وتأمين أمتعتهم من الهلاك نظرا لتفشى الخيانات بين الناس[1].

المثال الثاني : إعطاء الزكاة لبني هاشم استحسانا.

إعطاء الزكاة لبنى هاشم غير جائز بمقتضى النص العام وهو قوله ﷺ " إنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وقد جعل الله لهم فى خمس الخمس من الغنائم ما يكفيهم يغنيهم"[2]. ويلزم من هذا ألا تدفع الزكاة إليهم في أى وقت، ومع ذلك فقد أجاز أبو حنيفة ومالك دفع الزكاة لبنى هاشم في زمانهما استحسانا على خلاف النص العام رعاية للمصلحة في الإبقاء على حياتهم ، وحفاظا لهم من الضياع، ولما وقع عليهم من الاضطهاد في زمنهما ، ومنع عنهم حقهم في الغنائم.

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ٩ ص ١٢١ وما بعدها، الموافقات جـ٤ ص ٢٠٨، الاعتصام جـ٢ ص ١١٩، الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ١٢٢.

(2) هذا الحديث أخرجه مسلم بلفظ أخذ الحسن بن على تمرة فجعلها في فيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " كخ كخ أرم بها أما علمت أنا لا نأكل الصدقة " وفي رواية " لا تحل لنا الصدقة "
كما أخرجه الترمذى بلفظ " الصدقة لا تحل لنا، وأن موالى القوم من أنفسهم" كما أخرجه الصنعاني في سبله بلفظ إن عبد المطلب بن ربيعة بن الحرث بن هاشم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجعله عاملا على بعض الزكاة فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم" إن الصدقة لا تبتغى لآل محمد وإنما هي أوساخ الناس" (راجع صحيح مسلم بشرح النووي جـ٧ ص ١٧٤، عارضه الأحوزي بشرح صحيح الترمذي جـ٣ ص ١٥٩ ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، سبل السلام جـ٢ ص ١٤٧ ط دار الكتب العلمية — بيروت — لبنان).

فهذا الاستحسان من أبي حنيفة ومالك -رضي الله عنهما- إنما هو عدول منهما عن الحكم بعدم إعطاء الزكاة لبني هاشم إلى الحكم بجواز إعطاءها لهم، بناء على المصلحة التي لاحظها كل منهما[١].

المثال الثالث: قبول شهادة من يوثق بقوله في الجملة.

إن القياس يوجب أن يكون الشهود عدولا في كل قضية معروضة للنظر بين يدي القضاء، لأن العدالة هى ترجح جانب الصدق على جانب الكذب، حتى يلزم القضاء بالحكم، ولكن إذا كان القاضي في بلد لا يوجد فيها عدول، فإنه يجب أن تقبل شهادة من يوثق بقوله فى الجملة حتى لا تضيع الأموال والدماء[٢].

المثال الرابع: خيار الشرط يورث عند المالكية.

إن المشترى لو اشترى سلعة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، ثم مات في أثناء المدة، فإن خيار الشرط يورث عند المالكية، فإن اتفق الورثة على فسخ العقد فسخ، وإن اتفقوا على إمضائه، أمضى عليهم أجمعين، ولكن إن اختلفوا وقبل من رضى الإمضاء أن يأخذ نصيب من رد، فإن

---

(١) راجع العناية على الهداية جـ٢ ص ٢٧٢، راجع الهداية مع فتح القدير جـ٢ ص ٢٧٢ وما بعدها، الأدلة المختلف فيها للدكتور/ جلال الدين عبد الرحمن ص ٢١٧.

(٢) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦.

العقد يمضى على البائع استحسانا ، وذلك لأن البيع قد بت من جانبه ، فلا يهمه من يئول إليه ما دام وارثا[١].

المثال الخامس: اعتبار الاخوة الأشقاء كالأخوة لأم في الميراث:

إن القياس يوجب ألا يأخذ الأشقاء إذا انحصر الإرث في الأم والزوج، والأشقاء، وأخوين لأم وأكثر، ولكن الاستحسان عند المالكية وكما قرر الصحابة أوجب أن يأخذوا ويعتبروا كإخوة لأم ، فإن هذا استحسان لمصلحة الاخوة الأشقاء، ومنعا للقياس العام[٢].

المثال السادس: جواز بيع الوصي مال الكبير الغائب ما عدا العقار.

فإن القياس لا يملك الوصي البيع لأنه موكل بالحفظ لا بالبيع، كما أن الأب لا يملك ذلك على الكبير الحاضر، ولكن عدل عن هذا القياس استحسانا لمصلحة الغائب إذا كان الشئ المباع يتسارع إليه الفساد لأننا لو منعناه من البيع لأدى إلى ضياع المال، وأما العقار فمحصن بنفسه. حتى لو خيف عليه الهلاك صح بيعه[٣].

---

(١) راجع الموافقات جـ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦، البحر المحيط جـ٨ ص ٩٨، نفائس الأصول في اختصار المحصول جـ٩ ص ٤٠٢٧.

(٢) راجع الموافقات جـ٢ ص ٢٤٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦

(٣) راجع تعليل الأحكام للدكتور / محمد مصطفي شلبي ص ٣٥٨

النوع السادس
الاستحسان بالقياس الخفي

هو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلـــى حكم آخر مغاير، بقياس آخر هو أدق، وأخفي من الأول ، لكنـــه أقـوى حجة ، وأسد نظرا ، وأصح استنتاجا، وأقوى تأثيرا من القياس الظـــاهر، أي أن في المسألة قياسان.

أحدهما : ظاهر ضعيف الأثر.

والثاني : خفي قوي الأثر فأخذنا بما هو قوي الأثر وســميناه استحســانا

وهذا النوع من الاستحسان يكثر في كتب القـــائلين بالاستحســان ومن هنا نجد أن بعـــض علمـــاء الحنفيـــة يقصـــرون تعريـــف الاستحسان على أنه قياس خفي يقابل قياسا جليا[1].

قال : **سعد الدين التفتازاني**: والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقابل قياسا جليا والمراد بالاستحسان في الغالب قياس خفي يقـــابل قياسا جليا[2]. أهـــ.

وقال السرخسي : الاستحسان فى الحقيقة قياسان. أحدهما جلـــي ضعيف الأثر يسمى قياسا ، والآخر خفي قوى الأثر فيسمى استحســـانا، أى قياسا مستحسنا فالترجيح بالأثر لا بالخفاء و الوضوح، وأن قوة الأثـــر

---

(1) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٢، كشف الأسرار للبخاري جـــ٤ ص ٣.

(2) راجع حاشية التفتازاني على شرح العضد جــ٢ ص ٢٨٩

وضعفه أساسه التيسير ورفع الحرج، فالاستحسان القياسي أساسه رفـــع الحرج[١].أهـ.

وقال النسفي[٢]: لما صارت العلة عندنا علة بأثرها قدمنـا علـى القياس الاستحسان الذى هو القياس الخفي إذا قوي أثره، وقدمنا القيـاس لصحة أثره الباطن على الاستحسان الذي ظهر أثره وخفي فساده، لأنه لا رجحان للظاهر لظهوره، ولا للباطن لبطونه، وإنما الرجحان لقوة الأثـر في مضمونه ، فيسقط ضعيف الأثر في مقابلة قوى الأثر ظاهرا كـان أو خفيا ، فالدنيا ظاهرة والعقبي باطنة ، وقد ترجح العقبـي حتـى وجـب الاشتغال بطلبها، والإعراض عن طلب الدنيا لقوة الأثر من حيث الـدوام والصفاء، وضعف أثر الدنيا من حيث الكدورة والفنـاء.

ولهذا قيل: لو كانت الدنيا من ذهب فان، والعقبي من خزف باق، لكان الواجب على العاقل أن يختار الخزف الباقى، على الذهب الفـاني، فكيف والأمر على العكس[٣]؟أهـ.

ولهذا النوع من الاستحسان أمثلة كثيرة نذكر منها مايلى:

---

(١) راجع أصول السرخسى جـ٢ ص ٢٠٣

(٢) هو عبد الله بن محمود النسفي أبو البركات — حافظ الدين — فقيه حنفي من أهل إيذج من كور أصبهان ووفاته فيها، من مصنفاته مدارك التتريل، كتر الدقائق، الكافي في شرح الوافي، كشف الأسرار شرح المنار في الأصول توفي سنة ٧١٠هـ وقبل سنة ٧٠١هـ (راجع الأعلام جـ٤ ص ٦٧ وما بعدها، الفوائد البهية ص ١٠١).

(٣) راجع كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٣ وما بعدها ومثله ذكر في أصول السرخسـي جـ٢ ص ٢٠٣، كشف الأسرار للبخاري جـ٤ ص ١٠

المثال الأول: النظر المرأة الأجنبية للتداوي:

فإن القاعدة التى تبنى عليها الأحكام الشرعية. أنه لايجوز النظر إلى المرأة الأجنبية لأنها عورة من رأسها إلى أخمص قدميها- لما في ذلك من الفتنة التى توقع في ارتكاب الفاحشة، لكنه جوز النظر للتداوي لما في ذلك من رفع المشقة، ودفع لها فجوز النظر استحسانا تيسيرا على المسلمين[1].

وفى هذا يقول الإمام محمد أبو زهرة: إن المرأة عورة من قمة رأسها إلى قدميها، ثم أبيح النظر إلى بعض المواضع للحاجة كرؤية الطبيب، وأن هذا معارضة بين قياسين: أحدهما: ما قررته القواعد من كون المرأة عورة، لأن النظر إليها يؤدى إلى الفتنة، والوصف الثاني ما عساه أن يؤدي إلى مشقة في بعض الأحوال لحال العلاج . فأعملت علة التيسير هنا في هذا الموضع[2].أهـ.

المثال الثاني: إذا اختلف البائع والمشترى في مقدار الثمن والمبيع غير مقبوض.

فإن موجب القياس الظاهر أن الذي كان يجب عليه أن يقيم البينة هو البائع، وهو مدعى الزيادة، إذ هما اتفقا على المقدار، والاختلاف في الزيادة فهو المدعى، والبينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر، وإذا لم تكن بينة حلف المشتري لأنه المدعى عليه، ولكن استحسن أن يحلف

---

(1) راجع الأدلة المختلف فيها للدكتور/ عبد الحميد أبو المكارمص ٢٧٥.

(2) راجع أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٧

البائع والمشتري، لأن كليهما ينكر شيئا يدعيه الآخــــر، فالبـــائع يدعـــى الزيادة ، وينكر استحقاق المشترى للمبيع من غير أدائـــها ، والمشـــتري يدعى استحقاقه للمبيع من غير هذه الزيادة، وينكر وجوبها.

وترى من هذا أن للاستحسان علة أقوى أثرا مـــن علـــة القيـــاس الظاهر.

وإذا كان الخلاف بعد القبض. فالاستحسان أيضا أن يتحالفا، وذلك لورود السنة بالتحالف إذ يقول النبي ﷺ"إذا اختلف المتبايعان ، والســـلعة قائمة تحالفا وترادا "[1].

وأن استحسان القياس يصح تعديته لأنه مبنى على علـــة، والعلـــة تتعدى ، ولذلك قالوا : أنه يكون التحالف قبل القبض في الإجارة كالبيع ، أما بعد القبض، فإنه لاتحالف إلا في البيع[2].

---

(1) هذا الحديث أخرجه الترمذي من طريق ابن مسعود بلفظ " إذا اختلف البيعان و لم تكن بينه؟ قال القول : ما قـــال رب السلعة أو يترادان ، أخرجه أبو داود والنسائى من طريق الأشعث بلفظ " إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينـة فهو ما يقول رب السلعة أو يتاركان" (راجع سنن الترمذي جـــ٣ ص ٥٦١ كتاب البيوع — باب ما جـــاء إذا اختلف البيعان حديث رقم ١٢٧٠، سنن أبي داود جــ٣ ص ٢٨٥ كتاب البيوع باب إذا اختلف البيعان والمبيـــع قائم حديث رقم ٣٥١١، سنن النسائى جـــ٧ ص ٣٠٢ كتاب البيوع- باب اختلاف المتبايعين في الثمن

(2) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جــــ٨ ص ٢٠٧ وما بعدها، كشف الأسرار للنسفي مع نور الأنوار جـــ٢ ص ٢٩٦ وما بعدها، كشف الأسرار للبخاري جـــ٤ ص ١١ وما بعدها، تيسير التحرير جــ٤ص ٨٣، شرح المنـــار وحواشيه ص ٨٢٠، أصول السرخسي جـــ ٢ ص ٢٠٦ وما بعدها، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨.

المثال الثالث : طهارة سؤر سباع الطير :

سؤر سباع الطير، وهو بقية الماء الذى يشرب منه، فإن سباع الطير كالنسر والحدأة تشبه سباع البهائم فى كون لحمها نجسا لا يؤكل، وكونها تتغذى من الحيوانات، وبما أن سؤر سباع البهائم كالسبع والفهد والذئب نجس فكذلك سؤر سباع الطير أيضا، وذلك قياس ظاهر، ولكن الاستحسان يتجه لقياس آخر خفي.

وبيانه : أن سؤر البهائم كان نجسا لوجود لعابها في الماء، واللعاب متصل باللحم فهو نجس بنجاسته، أما سباع الطير فهى تشرب بمناقيرها، فلا تلقى الماء في لعابها، ومناقيرها عظام لا تترك في الماء أى أثر، فلا يصيب الماء

نجاسة بشرب سباع الطير، فلا يكون السؤر نجسا، قياسا على سؤر الإنسان لأن الماء لا يتنجس بشرب الإنسان . وللاحتياط قالوا إنه مكروه.

ويرى بعض الباحثين أن التمثيل بهذا المثال غير صحيح استنادا إلى أن سباع الطير تأكل النجاسات، ومناقيرها لا تخلو من النجاسة، وهى وإن كانت تشرب بمناقيرها، وهو عظم فلا تخالط رطوبتها الماء، إلا أنه لا يصح قياسها على سؤر الإنسان ، لأنه قد ينزل من جوفها شئ حين شربها فينجس الماء.

وما يقال : إن من عادة هذه الطيور أنها بعد أكلها تدلك الأرض بمناقيرها، وهو عظم يطهر بالدلك.

نقول: إن هذه عادة بعض الطيور في بعض الأحايين، ولا يصح أخذ حكم كلى بناء على استقراء جزئى.

والأولى أن يكون هذا المثال من الاستحسان بالضرورة ورفع الحرج عن الناس، ويكون القياس المقابل للاستحسان هو القياس الاصطلاحي[1].

المثال الربع: حق المرور، والري، والصرف، تدخل في وقف الأراضي الزراعية.

حقوق المرور، والري، والصرف تدخل عند وقف الأراضي الزراعية تبعا ، دون النص عليها، أو ذكرها في العقد استحسانا.

وإن كان القياس يقتضي عدم دخولها، فكان القول بدخول تلك الحقوق فى وقف الأراضي الزراعية، عدول عن قياس ظاهر ، وهو قياس الوقف على البيع بجامع أن كلا منهما يخرج الملك ، فالبيع يخرج ملك المبيع عن بائعه، والوقف يخرج ملك الموقوف عن الواقف.

ولما كانت الأراضى الزراعية عند بيعها لا تدخل فيها حقوق الشرب، والمرور دون النص على ذكرها، يقاس عليها وقف الأراضي الزراعية، أما القياس الخفي فهو قياس الوقف على الإجارة. بجامع أن

---

(1) راجع شرح المنار وحواشيه ص ٨١٣ وما بعدها، كشف الأسرار للنسفي جـ٢ ص ٢٩١ وما بعدها، أصول السرخسى جـ٢ ص ٢٠٤، تيسير التحرير جـ٤ ص ٧٨ وما بعدها، كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ٤ ص ٦، أصول الفقه للشيخ أبي زهرة ص ٢٤٨، شرح فتح القدير جـ١ ص ٩٦، أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العينين بدران ص ٢٠٣، الأدلة المختلف فيها للدكتور محمد السعيد عبد ربه ص ٧٦ وما بعدها، التلويح جـ٢ ص ١٦٣ وما بعدها.

المقصود من كل منهما. هو الانتفاع بالعين دون تملك الرقبة، وعند إجارة الأرض تدخل حقوق شربها، وارتفاقها دون نص عليها، فيقاس على ذلك وقفها، فتدخل الحقوق عند الوقف استحسانا، وسبب العدول عن القياس الظاهر إلى القياس الخفي هو أن المقصود من وقف الأراضي الزراعية، هو الانتفاع بالموقوف لا ملك رقبته، ولا يمكن الانتفاع على هذا الوجه إلا بدخول تلك الحقوق بدون ذكر، لما في ذلك من تحقيق للمقصود[١].

المثال الخامس: الصلاة على الجنازة ركبانا.

فإن مقتضى القياس أن الصلاة على الجنازة ركبانا تجوز لأنها دعاء ، إلا أنه عدل عن القياس إلى بطلانها استحسانا، لأنها صلاة من وجه لكونها تحتوي على التحريمة ، فقياس صلاة الجنازة على الصلاة بالمعنى الشرعي لاشتراكهما في تكبيرة الإحرام أقوى من قياسها على المعنى اللغوي من حيث الاشتراك بالدعاء[٢].

المثال السادس: عفا عن قطع يده ثم مات بالسراية .

إذا اعتدى مكلف على غيره فقطع يده عمدا ، ثم مات المقطوع بالسراية، فإنه يقتل القاطع قصاصا ، لأنه قتل عمد وموجبه القصاص،

---

(١) راجع شرح فتح القدير على الهداية جـ٦ ص ٢١٥ وما بعدها، أصول الفقه الإسلامي للدكتور / بدران أبو العينين ص ٢٠٣

(٢) راجع شرح فتح القدير على الهداية جـ٢ ص ١٢٧

فإذا عفا المجنى عليه قبل الموت عن القاطع. ثم مات بالسراية فالقياس وجوب القصاص لتحقق موجبه وهو القتل العمد، وفي الاستحسان لا يقتل وتجب عليه الدية[1] .

جاء في الهداية : ومن قطع يد رجل، فعفا المقطوعة يده عن القطع، ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس ، لأنه هو الموجب للعمد، إلا أن في الاستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة، وهي دارئة للقود، أى دافعة، ومسقطه للقصاص[2] أهـ.

المثال السابع : لا قطع على من سرق من مدينه .

من المقرر فقها أن من له دين حال على آخر- من دراهم، أو دنانير – فسرق منه مثلها قبل أن يستوفيها يعتبر أخذه لها استيفاء ولا تقطع يده أما إذا كان الدين مؤجلا . فالقياس أن تقطع يده إذا سرق مثلها قبل حلول الأجل، إلا أنه لا تقطع يده استحسانا. لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، ثم إن ثبوت الحق وإن تأخرت المطالبة به يصير شبهة دارئة للقطع، وإن كان لا يلزمه الإعطاء حالا[3].

---

(1) راجع العناية على الهداية جـ١٠ ص ٢٥١

(2) راجع الهداية مع تكملة شرح فتح القدير جـ١٠ ص ٢٥١ وما بعدها.

(3) راجع العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٧٧، الأدلة المختلف فيها للدكتور / محمد السعيد عبد ربه ص ٧٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلى جـ٦ ص ١١٨ وما بعدها.

جاء في الهداية : ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطـع ، لأنه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحســـاناً ، لأن التـــأجيل لتأخير المطالبة أهـ [1].

وبعد فهذه هي أهم أنواع الاستحسان عند القائلين به، ومنها يتبيـــن بجلاء أن الاستحسان ليس قاصراً على القياس الخفي الواقع فـــي مقابلـــة القياس الجلي كما صوره بعض علماء الأصول، كما أنه ليـــس قـــاصراً على الاستحسان الثابت بالنص، أو الإجماع، أو الضــــرورة، أو القيـــاس الخفي، بل يكون ثابتاً بغيرها من الأدلة كالعرف والمصلحة.

كما أن القياس الذي يذكر في مقابلة الاستحسان، قد يكون المـــراد به القياس الأصولي ، وقد يكون المراد به النـــص الشـــرعي العـــام، أو القاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به خصـــوص القياس الأصولي، كما يدل عليه مسلك بعض الأصوليين.

---

(1) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـــ٥ ص ٣٧٧

المبحث الخامس
في
الفرق بين الاستحسان وغيره مما يشتبه به

تمهيد

ذكرنا فيما سبق في المبحث الأول في تعريف الاستحسان أنه عند بعض الحنفية هو قياس خفي وقع في مقابلة قياس جلى، أو هو دليل وقع في مقابلة القياس، أو هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه يقتضي هذا العدول.

وعند المالكية: هو استعمال مصلحة جزئية في موضع يعارضه فيها قياس عام.

وعند بعض الحنابلة هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من الكتاب والسنة.

وعند أبو الحسين البصري: هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد غير شامل شمول الألفاظ لوجه هو أقوى منه، وهو في حكم الطارئ على الأول.

ومن العلماء من قال : إنه التيسير ورفع الحرج.

إذا تقرر هذا أذكر الفرق بين الاستحسان والقياس، والاستحسان والمصلحة المرسلة، والاستحسان وتخصيص العلة، والاستحسان والرخصة.

١- لفرق بين الاستحسان والقياس:

إن القياس هو إظهار حكم واقعة نُص عليها في الكتاب أو السنة أو الإجماع في واقعة أخري لا نص على حكمها لاشتراكهما في علة واحدة.

أما الاستحسان فالواقعة دل على حكمها نص أو إجماع. ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدي إلى تفويت مصلحة،أو جلب مفسدة فيعدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر لدليل يقتضي هذا العدول.

فالقياس مظهر لحكم الأصل في الفرع عند الاشتراك في علة واحدة.

أما الاستحسان فهو يترك حكماً يجب أن يطبق على واقعة ما لضرورة، أو حاجة، أو دليل يقتضي هذا الترك(١).

هل الحكم بالاستحسان أحد حكمين صحيحين ؟ أو أن الاستحسان مسقط لغيره.

وهي المسألة التي يتنازعها موجب القياس والاستحسان، هل تعد مسألة فيها رأيان في المذهب؟

أحدهما: أن الحكم للقياس والآخر أن الحكم للاستحسان ؟ وعلى ذلك يكون الأخذ بحكم الاستحسان أرجح من القياس، ومن عمل بحكم القياس يكون قد أخذ بقول مرجوح، أم أنه لا يوجد فيها

---

(١) راجع أصول الفقه للدكتور/ محمد زكريا للبرديسي ص ٣٢٢، أصول الفقه الإسلامي للدكتور/وهبة الزحيلي ص٧٤٠

إلا قول واحد في المذهب، وهو حكم الاستحسان الذي أسقط القول بالقياس ؟

لو تتبعنا عبارة العلماء في كتب الفقه الحنفي لوجدنا أن اللفظ المذكور في أغلب المسائل الاستحسانية هو " إلا أنا تركنا القياس " والمتروك لا يجوز العمل به .

ومعنى ذلك عدم جواز العمل بالقياس في الموضع الذي أخذ فيه بالاستحسان ، وإذا كان القياس متروكا لايجوز العمل به، كانت المسألة التي يتنازعها بحسب الظاهر موجب القياس والاستحسان، ولا يوجد فيها إلا قول واحد عند الحنفية(١).

وقال السرخسي: إن بعض المتأخرين من أصحابنا ظن أن العمل بالاستحسان أولى مع جواز العمل بالقياس في موضع الاستحسان وهذا وهم عندي، فإن اللفظ المذكور في عامة الكتب إلا أنا تركنا هذا القياس والمتروك لا يجوز العمل به، وربما قيل إلا أنى استقبح ذلك ، وما يجوز العمل به شرعاً يكون استقباحه كفراً، فعرفنا أن القياس متروك في معارضة الاستحسان أصلاً ، وأن الأضعف يسقط في مقابلة الأقوى(٢) أهـ.

---

(١) راجع التلويح جـ٢ ص ١٦٣، أصول الفقه للإمام محمد أبي زهرة ص ٢٥١

(٢) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠١

حكم تعارض القياس الظاهر مع الاستحسان القياسي:

درج علماء الأصول من الحنفية على تقسيم القياس إلى قياس ضعف أثره ، وإلى قياس ظهر فساده وخفيت صحته، وقسموا الاستحسان القياسي إلى استحسان قوى أثره واستحسان خفي فساده وظهرت صحته[1].

وعند التعارض يقدم الاستحسان قوى الأثر على القياس ضعيف الأثر، ويقدم القياس الظاهر الذي ظهر فساده، وخفيت صحته على الاستحسان الذي خفي فساده وظهرت صحته[2].

وحقيقة التعارض واقع بين قياسين الأول ظاهر والثاني خفي والترجيح يدور حول قوة العلة وأثرها في الحكم، فالقياس الظاهر ينقسم إلى قياس ضعفت علته في مقابلة قياس خفيت علته أقوي تأثيرا في الحكم فيترجح العمل بالقياس الخفي .

والقسم الثاني للقياس الظاهر هو قياس ظهر فساده، وخفيت صحته في مقبلة قياس خفي ظهرت صحته وخفي فسادة. والمراد بخفاء الصحة في القياس الجلى بأن ينضم إلى وجه القياس معنى دقيق يورثه قوة ورجحانا على وجه الاستحسان في القياس الخفي فيترجح القياس

---

(1) راجع فواتح الرحموت وشرحه جـ٢ ص ٣٢٢، أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠١ وما بعدها ، أصول الفقه للخضري ص ٤١٤ ط دار المعارف للطباعة - تونس.

(2) راجع التلويح جـ٢ ص ١٦٣، كشف الأسرار مع نور الأنوار جـ٢ ص ٢٩٢ وما بعدها

الظاهر الذي خفيت صحته على الاستحسان لضعف علته، وقوتها في القياس الظاهر[1].

٣- الفرق بين الاستحسان والمصالح المرسلة:

يرى جمهور المالكية أن هناك فرقا بين الاستحسان والمصلحة المرسلة حيث إن الاستحسان عندهم استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض أجزائه، في حين أن المصالح المرسلة تكون حيث لا يكون دليل سواها، فحيث لا يكون في الموضوع قياس فيه حمل على نص، تكون المصلحة المرسلة هي الدليل وحدها، أما إذا كان في الموضع قياس وحصل أن طرد القياس يوقع في مشقة أو حرج أو يدفع مصلحة، فإنه يترك القياس استحسانا لجلب المصلحة، ودفع المشقة والتوسعة.

إذا الفارق بينهما ينحصر في أن الحكم الاستحساني في مسألة هو ما كان مخالفا لمقتضى القواعد القياسية فيها على سبيل الاستثناء من تلك القواعد لرعاية المصلحة.

أما المصلحة المرسلة فينبغي أن لا تكون مخالفة لقياس يعارضها بل لا بد أن تكون المصلحة فيها هي الدليل الوحيد.

---

(١) راجع نظرية الاستحسان رسالة ماجستير لأسامة الحموي ص ٥٧ وما بعدها ط دار الخير — دمشق.

يقول الشيخ أبو زهرة : ومعنى هذا الكلام أن الاستحسان استثناء جزئي في مقابل دليل كلي يتخلف في بعض الأجزاء، أما المصالح المرسلة فإنها تكون حيث لا يكون ثمة دليل سواها[1] أهـ.

ويرى بعض المالكية كالشاطبي وابن العربي وغيرهما إلى أنه لا فرق بين الاستحسان ، والمصالح المرسلة. وهذا يتفق مع رأى من ينكر المصالح المرسلة[2].

يقول الشاطبي: فإن قيل هذا من باب المصالح المرسلة لا من باب الاستحسان قلنا : نعم إلا أنهم صوروا الاستحسان تصور الاستثناء من القواعد بخلاف المصالح المرسلة[3].

وأرى أن هناك فرقا بين المصلحة المرسلة والاستحسان، لأن المصلحة لا توجد إلا إذا لم يكن هناك دليل سواها بخلاف الاستحسان فهو ثابت بدليل لكن خولف هذا الدليل لدفع مشقة أو لرفع حرج.

٣- الفرق بين الاستحسان وتخصيص العلة :

زعم بعض العلماء أن الاستحسان من باب تخصيص العلة إلا أن حقيقة الأمر ليست كذلك، لأن انعدام حكم القياس في صورة الاستحسان المقابلة سببه هو انعدام العلة، ومثال ذلك أن موجب نجاسة سؤر سباع

---

(١) أصول الفقه الشيخ أبي زهرة ص ٢٤٦ وما بعدها.

(٢) راجع الإحكام للآمدي جـ٤ ص ٢١٣ وما بعدها، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب جـ٢ ص ٢٨٨، حاشية البناني على شرح المحلي جـ٢ ص ٣٥٣.

(٣) راجع الاعتصام جـ٢ ص ٣٢٤

الوحش هو الرطوبة النجسة في الآلة الشاربة ، ولم يوجد ذلك في سباع الطير فانتقض الحكم لذلك[1].

قال صاحب التلويح : إن إثبات الحكم بطريق الاستحسان ترك للقياس بدليل أقوي منه ، هو ليس من تخصيص العلة بمعنى انتقاء الحكم المانع من تحقق العلة لوجهين:-

أحدهما : أن القياس بل الوصف فيه ليس بعلة عند وجود المعارض الأقوى لما سبق من أن شرط القياس أن لايعارضه دليل أقوى منه، فانتقاء الحكم في صورة القياس مبني على عدم العلة لا على تحقق المانع مع وجود العلة.

ثانيهما : أن العلة في القياس مايلزم من وجودها وجود الحكم بدليل الإجماع على وجوب تعدية الحكم إلى كل صوره توجد فيها العلة من غير تقييد بعدم المانع فكل مالايلزم من وجوده الحكم بل يتخلف عنه ولو لمانع يكون علة، ولما كان هذا الوجه صالحا لأن يجعل دليلا مستقلا على بطلان العلة[2]. أهـ.

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠٤، التلويح جـ٢ ص ١٧١، نسمات الأسحار ص ١٥٥ ط دار الكتب العربية — مصر.

(2) راجع التلويح جـ٢ ص ١٧٠ وما بعدها.

٤- الفرق بين الاستحسان والرخصة:

الرخصة في اللغة: هى السهولة والتيسير يقال: رخص السعر إذا سهل وتيسر، وهى ضد الغلاء، فرخصة الله لعباده تسهيله عليهم، والرخصة في الأمر التخفيف فهي خلاف التشديد[١].

الرخصة في الاصطلاح: عرفت بتعريفات كثيرة عند الأصوليين، وسنتعرض لتعريفها، وذلك من أجل بيان الفرق بينها وبين الاستحسان. خصوصا وأن الاستحسان كما قال بعض الأصوليين هو نوع من الترخيص.

عرفها الإمام الغزالى فقال : ما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرم[٢].

وعرفها الشاطبي فقال: هى ما شرع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه[٣].

وعرفها بعض العلماء فقال: هي ما ثبت ثانيا مبنيا على أعذار العباد: أو يقال هي: الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر. وعرفها بعض الشافعية فقال: هي ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام المحرم، لولا العذر لثبتت الحرمة في حقه[٤].

---

(١) راجع مختار الصحاح ص ٢٣٨ وما بعدها، الإحكام للآمدي جـ١ ص١٨٨.

(٢) راجع المستصفي جـ١ ص ٩٨

(٣) راجع الموافقات جـ١ ص ٣٠١

(٤) راجع فواتح الرحموت وشرحه جـ١ ص ١١٦، الإحكام للآمدي جـ١ ص ١٨٨

من هذه التعريفات تبين لنا أن الرخصة تدور حول أمرين هما:

الأول: وجود العذر، وهو المشقة والحاجة أو الإكراه أو الضرورة، فالمشقة والحاجة هي العذر المبيح لرخصة الإفطار للمسافر والمريض، والإكراه هو العذر المبيح لرخصة النطق بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان، والضرورة هي المبيحة لرخصة تناول المضطر للميتة، ورؤية الطبيب عورة المرأة لعلاجها.

الثاني : بقاء سبب الحكم الأصلي قائما فالمكلف يجوز له العمل بحكم الرخصة في موضع مع بقاء الحكم الأصلى.

فالرخصة ليست الحكم الأصلى بل حكم جاء مانعا من استمرار الحكم الأصلي، والترخيص يقتضي الجواز، وهذا يعني أن المكلف مخير بين الأخذ بالعزيمة أو الأخذ بالرخصة، ولوجود الحكمين في المسألة وهما حكم العزيمة وحكم الرخصة.

وهنا يتجلى لنا الفرق بين الاستحسان والرخصة وهو. أن العمل بحكم الاستحسان يلغي الحكم الأصلي المقابل له، لأن حكم القياس المعدول عنه إلى الاستحسان أصبح متروكا.

أما الرخصة فالمكلف مخير بين العمل بالرخصة أو الأخذ بالعزيمة التى هي الحكم الأصلي، أى أن العمل بالرخصة جائز مع بقاء الحكم الأصلى قائما[1].

---

(1) راجع أصول السرخسي جـ٢ ص ٢٠١، التلويح جـ٢ ص ١٦٣ ومابعدها، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ص ٧٥ وما بعدها.

قال الشاطبي: ومن الاستحسان أيضا : الجمع بين المغرب والعشاء للمطر، وقصر الصلاة والفطر للمسافر، وسائر الترخيصات التي على هذا السبيل، فإن حقيقتها ترجع إلى اعتبار الحال في جلب المصالح ودرء المفاسد حيث كان الدليل العام يقتضي المنع، ذلك لأنا لو أبقينا مع أصل الدليل العام لأدى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة ، فكان الواجب مراعاة ذلك المآل إلى اقصاه ، ومثله الاطلاع على العورات في التداوي، والقرض، والمسقاة، وإن كان الدليل العام يقتضي المنع، وأشياء من هذا القبيل كثيرة[1]أهـ.

وقد عبر السرخسي عن هذا المعنى في تعزيفه للاستحسان حين قال: " إنه ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس، وقيل إنه طلب السهولة في الأحكام والأخذ بالسعة وابتغاء الدعة، ثم قال وأخيرا هو ترك العسر لليسر[2].

وعبر ابن العربي عن ذلك في تعريفه للاستحسان حيث قال: " إنه ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة ما يعارض به في بعض مقتضياته.

إلا إنني أرى أن ما ذكره بعض الأصوليين من أن سائر الترخيصات تندرج في مفهوم الاستحسان، لابد وأن يحمل على محمل التجوز، أى

(1) راجع الموافقات جـ٤ ص ٢٠٧

(2) راجع المبسوط جـ١٠ ص ١٤٥

لعلهم قصدوا بالرخصة معناها اللغوي وهو التيسير والتسهيل ورفع الحرج عن الناس.

لأن الترخيص يقتضي التخيير للمكلف بين العمل بالحكم الأصلي العزيمة، أو العمل بحكم الرخصة، أما حكم الاستحسان بعد ثبوت دليله فإنه يلغي جواز العمل بالحكم الأصلي المقابل له. كما أن الرخصة تعتبر استثناء من أصل كلي أو قاعدة. فإن الاستحسان ينفرد عنها فيما ليس استثناء، وذلك في الاستحسان القياسي لأن حقيقته راجعة إلى الترجيح بين الأقيسة المتعارضة، وأن المرجع فيه إلى قوة الدليل ودقته لا إلى الحاجة والتيسير(١).

---

(١) راجع نظرية الإباحة للدكتور / محمد سلام مدكور ص ٤٢٦ وماعدها ط دار النهضة العربية ، نظرية الاستحسان لأسامة الحموي ص ٧٦ وما بعدها.

المبحث السادس
في
أثر خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان
في الفقه الإسلامي

تمهيد

إذا كان استنباط الأحكام الشرعية متوقفة على علم أصول الفقه تبين أن هناك تلازما وثيقا بين الفقه والأصول، يظهر أثره عند تطبيق المستنبط للحكم الشرعي، سواء على نفسه أم على غيره.

ولذلك يقول الإمام الشاطبي – رحمه الله – كل مسألة مرسومة في أصول الفقه لا ينبني عليها فروع فقهية، أو آداب شرعية، أو تكون عونا في ذلك، فوضعها في أصول الفقه عارية [١]. أهـ.

هذا ولقد ترتب على خلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان وعدمه خلافهم في كثير من المسائل الفقهية، ونحن بدورنا نذكر بعض هذه المسائل على سبيل المثال لا الحصر هاك بعضا منها.

(١) راجع الموافقات جـ١ ص ٤٢

المسألة الأولى
في
شرط الخيار لغير المتعاقدين

اتفق الفقهاء على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشتراط الخيار للأجنبي- أي لشخص غير العاقدين - والخلاف على مذهبين أذكرهما فيمايلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية عدا زفر- والمالكية وبعض الحنابلة ونقل عن الشافعي في أحد قوليه وهم يرون أن اشتراط الخيار لغير العاقدين يجوز ويصح البيع ويلزم الشرط استحسانا.

جاء في الهداية : ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره. فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض[1]أهـ .

وجاء في بداية المجتهد : واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي، فقال مالك يجوز ذلك،والبيع صحيح[2] أهـ.

---

(١) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـ٦ ص ٣٢٠، ومثله في بدائع الصنائع جـ٥ ص ١٧٤

(٢) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٢١٢

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن شرط الخيار لأجنبي صح، وكان اشتراطا لنفسه وتوكيلا لغيره[1]أهـ.

وجاء في المجموع قال أصحابنا: يجوز شرط الخيار للعاقدين ولأحدهما بالإجماع، فإن شرطه لأجنبي فقولان مشهوران أصحهما باتفاق الأصحاب يصح البيع والشرط، وهو الأشهر من نصوص الشافعي- رحمه الله – [2] أهـ .

المذهب الثاني:

وعليه الإمام الشافعي في قوله الصحيح، والقاضي من الحنابلة، وزفر من الحنفية. وأصحاب هذا المذهب يرون عدم صحة شرط الخيار لغير العاقدين .

جاء في المهذب: وإن شرط الخيار لأجنبي ففيه قولان. أحدهما لا يصح[3]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : قال القاضي إذا أطلق الخيار لفلان، أو قال لفلان دوني لم يصح[4] أهـ.

وجاء في الهداية، وفي القياس: لا يجوز وهو قول زفر[5]أهـ.

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٠٠

(٢) راجع المجموع جـ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٣) راجع المهذب جـ٩ ص ٢١٠ ط دار الفكر.

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٠٠

(٥) راجع الهداية جـ٦ ص ٣٢٠

الأدلـــة

١- **دليل المذهب الأول**: استدل أصحاب المذهب الأول القـــائل بجـواز اشتراط الخيار لغير العاقدين بالاستحسان.

وجه الاستحسان: أن الحاجة قد تمس إلى اشتراطه للغير لأن شـــرعيته لاستخلاص الرأى ، وقد يكون الإنسان يعلم من نفســه قصـــور الـرأي والتدبير غير واثق بها في ذلك بل بغيره ممن يعلم حزمه، وجودة رأيـــه، ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحة ، لأن الاحتياج إليه صار كالاحتياج إلى نفـــس الخيار[١].

٢- **دليل المذهب الثاني**: استدل أصحاب المذهب الثاني القائل. بعـــدم صحة الخيار لغير العاقدين. فقالوا: إن الخيار من مواجب العقد، وحكـــم من أحكامه، فلا يثبت لغير العاقدين. كاشتراط الثمن على غير المشـتري، وكذلك الخيار لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين، فلا يكـــون لمـــن لاحظ له فيه[١].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريـــق يتبيـــن لنـــا أن الراجح هو المذهب الأول القائل : بجواز اشتراط الخيار لغير العـــاقدين استحسانا لحاجة الناس، ودفعا للحرج عنهم.

---

(١) راجع الهداية مع شرح فتح القدير جـــ٦ ص ٣٢٠ وما بعدها، بدائع الصنائع جـــ٥ ص ١٧٤ ، العنايـــة علـــى الهداية جـــ٦ ص ٣٢٠

المسألة الثانية

قبض الهبة بغير إذن الواهب

القبض في الهبة عند الحنفية والشافعية شرط صحة للزوم الهبة. حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض.

وعند الإمام أحمد: القبض شرط لصحة الهبة إذا كان الموهوب مما يكال أو يوزن.

وعند المالكية: لا يشترط القبض لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط لتمامها. بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد ويجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب.

واتفق الفقهاء – عدا المالكية- على أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب لأن الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في باب البيع حتى لو قبض المشتري من غير إذن البائع قبل نقد الثمن كان للبائع حق الاسترداد، فلأن يكون في الهبة أولى، فلا يجوز القبض من غير إذن الواهب أيضا[٢].

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٠٠، المجموع شرح المهذب جـ٩ ص ٢١٠

(٢) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ١٢٣، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير جـ٩ ص ٢١، مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح المهذب جـ١٥ ص ٣٧٩، بداية المجتهد جـ٢ ص ٣٢٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠٤، المغنى لابن قدامة جـ٦ ص ٤٤.

واختلفوا فيما إذا لم يأمره بالقبض، ولم ينهه، فإذا قبض الموهوب له الهبة هل يصح القبض أم لا ؟ والخلاف على مذهبين هاك بيانهما.

المذهب الأول:

وعليه الشافعية والحنابلة وهم يرون أنه لا يصح قبض الهبة إلا بإذن الواهب مطلقا سواء قبضها في مجلس العقد أم بعده.

جاء في مغني المحتاج ، ولابد أن يكون القبض بإذن الواهب فيه إن لم يقبضه الواهب، سواء أكان في يد المتهب أم لا، فلو قبض بلا إذن ولا إقباض لم يملكه، دخل في ضمانه .سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده[1] أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة. والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها ، وإن شاء رجع فيها ومنعها، ولا يصح قبضها إلا بإذنه ، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض[2]أهـ.

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠، المجموع شرح المهذب جـ١٥ ص ٣٧٩.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية وهم يرون أن الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز استحسانا، وإن قبض بعد الافتراق عن المجلس لم يجز إلا أن يأذن الواهب في القبض[1].

الأدلة

١- دليل المذهب الأول القائل: بعدم جواز قبض الهبة بغير إذن الواهب فقالوا : إن التسليم غير مستحق على الواهب، كما أن القبض غير مستحق للموهوب له، فلا يصح التسليم والقبض بغير إذن الواهب قياسا على أخذ المشتري المبيع من البائع قبل دفع الثمن ، فلا يصح إلا بإذن البائع ، ولو استقل بأخذه كان من ضمانه، وذلك سواء في مجلس العقد أم خارجه .

وقالوا : إن وجه القياس أن القبض تصرف في ملك الواهب لأن ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه[2].

٢-دليل المذهب الثاني القائل: بجواز قبض الهبة بغير أمر الواهب وفرقوا بين القبض في مجلس العقد وفي غيره. استدلوا بالاستحسان .

(١) راجع العناية مع الهداية جـ٩ ص ٢١، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١٢٤ وما بعدها.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٦، مغني المحتاج جـ٢ ٤٠٠، المجموع شرح المهذب جـ٥ ص ٣٧٩، الهداية جـ٩ ص ٢١ وما بعدها.

وجه الاستحسان:

أن القبض في الهبة بمنزلة القبول من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه، وهو الملك. والمقصود من عقد الهبة إثبات الملك فيكون الإيجاب من الواهب تسليطا للموهوب له على القبض، فكان إذنا دلالة. وإنما قيد ذلك بالمجلس لأنه ثبت التسليط فيه إلحاقا له بالقبول، والقيد يتقيد بالمجلس فكذلك ما يلحق به(1).

هذا وبعد عرض ما قاله الفريقان وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني- وهم الحنفية – وذلك لأن قصد الواهب من الهبة تمليك الشئ الموهوب للموهوب له. فصار الإيجاب منه دلالة بالإذن بالقبض، كما أن الواهب لو لم يرد الإقباض فله أن ينهي الموهوب له عن قبض الشئ الموهوب ويسترده منه.

---

(1) راجع الهداية مع العناية جـ٩ ص ٢٢وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١٢٤، الفقه الإسلامي للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٥ ص ٢٠ ومابعدها ط دار الفكر.

المسألة الثالثة
في
شركة المفاوضة

تعريف المفاوضة لغة :

للمفاوضة في اللغة معاني متعددة، فقيل إنها مشتقة من التفويض، لأن كل واحد من الشريكين يفوض إلى الآخر أمر التصرف في مال الشركة، ومن هذا قوله تعالى:﴿ **وأفوض أمري إلى الله إن الله بصير بالعباد**﴾[1].

وقيل: هي مشتقة من الفوض بمعنى الانتشار، يقال فاض الماء إذا انتشر فلما كان هذا العقد مبنيا على الانتشار والظهور في جميع التصرفات وفي عموم التجارة سمي مفاوضة.

وقيل: هي المساواة، وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح والتصرف.

والراجح أنها مشتقة من التفويض أو الفوض الذي منه فاض الماء إذا عم وانتشر[2].

---

(١) سورة غافر من الآية ٤٤

(٢) راجع تاج العروس جـ٥ ص ٣٤٦، المصباح المنير جـ٢ ص ٤٨٥، مختار الصحاح ص ٥١٤، فتح القدير جـ٦ ص ١٥٦، القاموس المحيط جـ٢ ص ٣٥٣ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨

تعريف المفاوضة في الاصطلاح:

اختلف الفقهاء في تعريفها وسأذكر بعض هذه التعريفات حتى يتبين لنا هل هي جائزة أم لا ؟.

تعريفها عند الحنفية:

هي أن يشترك اثنان أو أكثر وأن يكونا متساويين في رأس مال الشركة. وفي رءوس أموالهم الخاصة ، ولهم الحق في إدارتها بالتساوي. ولابد من تحقق هذه الشركة عندهم من عدة شروط فليرجع إليها من شاء[1].

قال في الهداية : لأنها شركة عامة في جميع التجارات، يفوض كل واحد منها أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق[2]. أهـ.

تعريفها عند المالكية:

هي أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله. مع غيبته وحضوره، وذلك واقع عندهم في جميع الممتلكات[3].

---

(١) راجع المبسوط جـ١١ ص ١٥٢، فتح القدير جـ٦ ص ١٥٦، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨

(٢) راجع الهداية جـ٦ص١٥٦

(٣) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٧١، شرح الزرقاني على مختصر خليل جـ٦ ص ٤٤

قال في الشرح الكبير. ثم إن أطلقا التصرف. بأن جعله كل لصاحبه غيبة، وحضورا. في بيع وشراء، وكراء واكتراء، وغير ذلك مما تحتاج له التجارة وإن بنوع — كالرقيق- فمفاوضة[1]. أهـ.

تعريفها عند الحنابلة:

هي أن يشتركا في جميع الأنواع مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان فيصح ذلك[2].

تعريفها عند الشافعية:

هي أن يشتركا ليكون بينهما كسبهما بأموالهما وأبدانهما، وعليهما ما يعرض من غرم، سواء أكان بغصب أم بإتلاف أم ببيع فاسد[3].

التعريف المختار:

يتضح مما سبق أن تعريف الحنفية قد جاء مستوعبا لكل ما يصح شرعيتها، ويفيد جوازها، غير أن شروط هذه الشركة عند الحنفية تجعلها نادرة الوقوع.

هذا وبعد تعريف شركة المفاوضة اختلف العلماء في جوازها على مذهبين:

---

(١) راجع الشرح الكبير على مختصر خليل جـ٣ ص ٣٥٢

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٢٢

(٣) راجع المجموع شرح المهذب جـ١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج جـ٢ ص ٢١٢.

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، وهم يـــرون أن شـــركة المفاوضة جائزة وأن اختلفوا في معناها وشروطها[١].

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية والظاهرية وبعض الحنابلة والشيعة وهـــم يـــرون عدم جواز شركة المفاوضة بل أنكروها إنكارا تاما حتـــى قـــال الإمـــام الشافعي. وشركة المفاوضة باطلة ولا أعرف شيئا من الدنيا باطلا إن لـــم تكن شركة المفاوضة باطلة[٢].

---

(١) راجع الهداية مع فتح القدير جـــ٦ ص ١٥٧، بدائع الصنائع جـــ٦ ص ٦٠، بداية المجتهد جـــ٢ ص ٢٥١، المغني لابن قدامة جـــ٥ص ٢٢.

(٢) راجع المجموع شرح المهذب جـــ١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج جـــ٢ ص ٢١٢، الأم جـــ٣ ص ٢٠٦.

الأدلـــة

١- أدلة المذهب الأول:

استدل الحنفية ومن معهم على جواز شركة المفاوضة بالاستحسان ووجه هذا الاستحسان ما يلي:

أ - قوله ﷺ "فاوضوا فإنه أعظم للبركة"[١].

وجه الدلالة:

فإن في الحديث توجيه من سيدنا رسول الله ﷺ ، وهو يدعو إلى الإحسان في نوع التعامل المعروف لتعظم البركة فيه ، ويزاد اليمن ففي هذا الحديث إقرار لشركة المفاوضة ودعوة إلى الإحسان فيها[٢].

ب- إن الناس تعاملوا بها من غير نكير، كما أنها تتضمن أمرين جائزين هما الوكالة والكفالة ، وتجوز كل واحدة منهما حال الانفراد فكذلك في حالة الاجتماع، ثم إن شركة المفاوضة من طرق استنماء المال

---

(١) هذا الحديث ذكره الزيلعي بدون إسناد وقال : عنه غريب، وأخرجه ابن ماجة في سننه من طريق صالح عن صهيب عن أبيه بلفظ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع إلى أجل والمفاوضة واخلاط السبر بالشعير للبيت لا للبيع" وقال ابن ماجة في إسناده صالح بن صهيب مجهول (راجع نصب الراية جـ٣ ص ٤٧٥ كتاب الشركة، سنن ابن ماجة جـ٢ ص ٧٦٨ كتاب التجارة- باب الشركة والمضاربة حديث رقم ٢٢٩٨).

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٦ ص ١٥٧

أو تحصيله، والحاجة إلى ذلك متحققة فكانت شركة المفاوضة جائزة كشركة العنان[١].

دليل المذهب الثاني: على عدم جواز شركة المفاوضة استدلوا بالقياس.

ووجه القياس:

أن شركة المفاوضة تشتمل على الوكالة بمجهول الجنس، والكفالة بمجهول وكل ذلك فاسد على الانفراد، لأنها تشتمل على أنواع من الغرر، وواحد منها يكفي لبطلانها فكيف إذا اجتمعت فهي قمار، أو أشد منه[٢].

أجيب عن ذلك:

بأن الجهالة متحملة لأنها إنما تثبت تبعا، والتصرف قد يصح تبعا، ولا يصح مقصودا. كما في المضاربة فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس، وكذا شركة العنان فلا يتم الإلزام، كما أن شركة المفاوضة لا غرر فيها لأن الشركاء اتفقوا على أن يلتزم كل منهم بما يلزم الآخر بالتساوي[٣].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن شركة المفاوضة جائزة لأن نصوص الشريعة ليس فيها ما يدل على

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨، الهداية وشروحها جـ٦ ص ١٥٨

(٢) راجع المجموع جـ١٤ ص ٧٤، مغني المحتاج ص ٢١٢، الأم جـ٣ ص ٣٠٦

(٣) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٦ ص ١٥٨، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٥٨

تحريمها وليس الغرر محقق فيها، وليس فيها استغلال شريك لآخـــر لأن كل من الشركاء راض بأن يلتزم بالحقوق التي يلتزم بها شريكه.

المسألة الرابعة
في
إقرار الوكيل بالخصومة

إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله. هل يلزم إقراره الموكل أم لا ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والمالكية والحنابلة وزفر من الحنفية ونسب إلى ابن أبي ليلى، وأصحاب هذا المذهب يرون أن إقرار الوكيل على الموكل بقبضه الحق المدعى به، أو نحوه كتسليم وكيل المدعى عليه بحق الخصم فيما ادعاه لا يقبل إقراره، ولا يلزم الموكل سواء كان الإقرار في مجلس القاضي أو غير في مجلسه[1].

جاء في الأم: وإذا وكل الرجل بوكالة ، ولم يقل له في الوكالة إنه وكله بأن يقر عليه، ولا يصالح، ولايبرئ، ولا يهب، فإن فعل فما فعل من ذلك كله باطل[2]أهـ.

وجاء في بداية المجتهد: واختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة. هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك لايتضمن[3]أهـ.

---

(١) راجع الأم جـ٣ ص ٢٠٧، بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٣ ص ٣٧٨، المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٧٢، الهداية مع فتح القدير جـ٨ ص ٢٠٧

(٢) راجع الأم جـ٣ ص ٢٠٧

(٣) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٢٩٧

وجاء في المغني لابن قدامة: إذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره[1]أهـ.

المذهب الثاني: وعليه –أبو حنيفة ومحمد من أصحابه–رحمهم الله تعالى–:

وهما يرون أن الوكيل إذا أقر في مجلس القاضي جاز إقراره، ولزم موكله، وإن أقر في غير مجلسه لم يجز، وقال أبو يوسف: يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء.

جاء في الهداية : وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه مطلقا[2]. أهـ.

الأدلة

١– دليل المذهب الأول:

القائل بعدم قبول إقرار الوكيل على موكله. فقالوا إن الوكيل مأمور بالخصومة، والخصومة حقيقتها المنازعة بينما الإقرار يعتبر مسالمة ومساعدة في وصول الخصم إلى الحق المتنازع عليه فهما

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٧٢

(٢) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٨ ص ١١٤، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٢٤

متضادان، والأمر بالشئ لا يتناول ضده[1]. بدليل عدم ملكيته الصلح والإبراء لتضاد هذه الأفعال معنى الخصومة.

وأيضا لصحة استثناء الإقرار في الخصومة، فلو كان الإقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه[2].

٣- دليل المذهب الثاني:

القائل ، بقبول إقرار الوكيل عند القاضي لا غير، ويلزم الموكل ما أقر به، ولا يلزم عند غيره- ويخرج من الوكالة- استدلوا بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن هذا التوكيل صحيح قطعا من كل وجه، وصحته بتناوله ما يملكه الموكل قطعا، لأن التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح، وما يملكه الموكل مطلق الجواب المتناول للإنكار، والإقرار جميعا دون أحدهما عينا وطريق المجاز بين الخصومة، ومطلق الجواب موجود في هذه المسألة، فينصرف التوكيل بالخصومة إلى التوكيل بمطلق الجواب تحريا لصحة كلام الموكل، لأن كلام العاقل يصان عن الإلغاء.

---

(١) بل الراجح أن الأمر بالشئ نهي عن ضده (راجع المستصفي جـ١ ص ٩٨

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٥ ص ٧٢، الأم جـ٣ ص ٢٠٧، الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٨ ص ١١٤، بدائع الصنائع جـ٦ ص٢٤

والتوكيل يتناول جوابا يسمي - خصومة حقيقة أو مجازا- والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة، أو لأنه سبب له، لأن الظاهر إتيانه بالمستحق، وهو الجواب في مجلس القضاء ، فيختص به. وما كان في غير مجلس القضاء فليس بخصومة لا حقيقة ولا مجازا، إذ الإقرار خصومة- مجازا- من حيث إنه جواب، ولا جواب في غير مجلس القضاء، فلا إقرار يكون خصومة مجازا في غيره، فلا يتناوله الجواب الموكل به[1].

استدل أبو يوسف على قوله : بقبول إقرار الوكيل على الموكل مطلقا . إن الوكيل قائم مقام الموكل، فيقتضي هذا أن يملك ما كان الموكل مالكا له، وإقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء، فكذلك إقرار نائبه، وهو الوكيل فيقبل إقراره عليه مطلقا[2].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح لا يصح إقرار الوكيل بالمدعي الأصلي الموكل على إثباته أساسا، بخلاف ما يظهر من وجوه أثناء الخصومة فيصح إقراره بها وهذا بالنسبة لوكيل المدعي، أما للوكيل من قبل المدعي عليه لا يصح إقراره بالمدعي عليه إن كان متحدا وإلا جاز إقراره بالبعض.

---

(١) راجع الهداية مع تكملة فتح القدير جـ٢ ص ١١٧، العناية على الهداية جـ٨ ص ١١٧ ، بدائع الصنائع جـ٦ ص ٢٤

(٢) راجع المراجع السابقة .

المسألة الخامسة
في
ردة الزوجين معا

إذا تزوج مسلم بمسلمة، وبعد زواجهما ارتدا معا، فهل يبقى النكاح على حاله أم أنه ينفسخ ؟.... وهل الحكم قبل الدخول كالحكم بعد الدخول .

اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما:

المذهب الأول :

وعليه الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية والإمامية وأصحاب هذا المذهب يرون أن ردة الزوجين معا إذا كانت قبل الدخول ينفسخ النكاح في الحال، وإذا كانت بعد الدخول توقفت الفرقة على انقضاء العدة كالقول في ردة أحدهما(١).

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية -عدا زفر- وهو رواية عن أحمد وهو مذهب الزيدية وأصحاب هذا المذهب يرون أن الزوجين إذا ارتدا معا بقي النكاح استحسانا(٢).

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٣ ص ١٩٠، والإقناع جـ٣ ص ٢٠٤، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٧، الهداية مع فتح القدير جـ٣ ص ٤٣٠، جواهر الكلام شرح شرائع الإسلام جـ٣ ص ٣٧ ط أنصار السنة المحمدية.

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٣ ص ٤٣٠ وما بعدها، المبسوط جـ٥ ص ٤٩، المغني لابن قدامة جـ٧ص٥٦٤، الفواكه الدواني جـ٢ ص ٤٩ ط مصطفي البابي الحلبي وأولاده — بمصر.

الأدلـــة

أولا: **أدلة المذهب الأول**: القائلين بالتفريق بين الدخول وعدمه استدلوا بمايلي

١- إن الردة طرأت على النكاح فوجب أن يتعلق بها وقوع الفرقة قياسا على ردة أحدهما(١).

٢- إن كل مازال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كماله، واستباحة دمه(٢).

٣- إن في ردة الزوجين معا ردة أحدهما وزيادة فإذا كانت ردة أحدهما منافية للنكاح فردتهما أولى بالبينونة (٣).

ثانيا: **أدلة المذهب الثاني**: القائلين بأن النكاح لا ينفسخ استحسانا. ووجه الاستحسان المنقول والمعقول .

فمن المنقول:

ما روي أن بني حنيفة (٤) ارتدوا بمنع الزكاة فاستتابهم أبو بكر الصديق ﷺ ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة بعد التوبة ، ولا أحد من الصحابة – رضى الله عنهم – فحل ذلك محل الإجماع(١).

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٧ ص ٥٦٤

(٢) راجع المرجع السابق.

(٣) راجع تبيين الحقائق جـ٢ ص ١٧٨ ط دار المعرفة – بيروت – لبنان فتح القدير جـ٣ ص ٤٣١، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٧، المبسوط جـ٥ ص ٤٩

(٤) وهي ديار تنسب لبني زيد بن ثعلبة الحنفيين باليمامة وقاتلهم خالد بن الوليد على رأس جيش وانتصر عليهم (راجع الأعلام جـ٧ ص ٢٢٦، معجم البلدان جـ٢ ص ١١٠ط دار صادر بيروت- لبنان.

ومن المعقول بما يلي:

إن الزوجين إذا ارتدا معا لم يختلف لهما دين ، ولا دار فيبقى ما كان على ما كان كما إذا أسلم الكافران[٢].

أ - إن ردة الزوجين معا وإسلامهما معا. دليل الموافقة كما هو مقتضى النكاح بخلاف ردة أحدهما، وذلك لأن جهة المنافاة بردة أحدهما عدم انتظام المصالح بينهما، والموافقة على الارتداد ظاهرة في انتظامهما بينهما إلى أن يموتا بقتل أو غيره[٣].

٢- هذا وبعد عرض ما قاله الفقهاء، وأدلة كل قول يتبين لنا أن القول الراجح والأولى بالقبول هو القول الثاني القائل بأن ردة الزوجين معا لا تفسخ النكاح وهو استحسان من الحنفية لأنه لم يوجد من الزوجين اختلاف دين ولا دار فبقي ما كان على ما كان، كما أننا لو ألزمناهم بتجديد الأنكحة لكان في ذلك مشقة، ولكان ذلك تنفيرا لهم عن الرجوع إلى الإسلام.

---

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ٣ ص ٤٣١، بدائع الصنائع جـ٢ ص ٣٣٨، المبسوط جـ٥ ص ٤٩

(٢) راجع البحر الزخار جـ٦ ص ٤٢٦ الناشر دار الكتاب الإسلامي.

(٣) راجع تبيين الحقائق جـ٢ ص ٨٧٨، فتح القدير جـ٣ ص ٤٣١.

المسألة السادسة

فـى

حكم قاطع الطريق في المصر

قاطع الطريق هو: الخروج على المارة لأخذ المال علـــى سـبيل المغالبة على وجه يمنع المارة عن المرور. سواء كان القطع من جماعـة أو من واحد، وسواء كان القطع بسلاح أو غيره مـن العصـا والحجـر والخشب بعد أن يكون له قوة القطع(١).

فمن قطع الطريق في المصر، أو قريبا منه أو في القرى . هـل يعتبر قاطع طريق، ويقام عليه حد قطاع الطريـق، أو لا يكـون قـاطع الطريق إلا في الصحراء . اختلف العلماء في ذلك على مذهبيـن هـاك بيانها.

المذهب الأول:

وعليه المالكية والشافعية وبعض الحنابلة وبعض الحنفية. ونسـب إلى الليث والأوزاعي وأبي ثور وأصحاب هذا المذهب يـرون أن قطـع الطريق يكون داخل المصر وخارجه على حد سواء.

جاء في بداية المجتهد: واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقـال مالك داخل المصر وخارجه سواء(٢).أهـ

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٠.

(٢) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ٤٥٥، ومثله في حاشية الدسوقي على الشرح الكبيرجـ٤ ص ٣٤٨

وجاء في الأم: والمحاربون الذين هذه حدودهم- بعد ذكره حد قاطع الطريق - القوم يعرضون بالسلاح للقوم حتى يغصبوهم مجاهرة في الصحاري والطرق، وأرى ذلك في ديار أهل البادية وفي القرى سواء، إن لم يكن من كان في المصر أعظم ذنبا فحدودهم واحدة[1]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : وجملته أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام المحاربين لهم شروط ثلاثة :

أحدهما: أن يكون ذلك في الصحراء، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار ، فقد توقف أحمد-رحمه الله -فيهم وظاهر كلام الخرقي. أنهم غير محاربين ، قال وقال كثير من أصحابنا هو قاطع حيث كان [2]أهـ.

وجاء في بدائع الصنائع : أن يكون في غير مصر فإن كان بمصر لا يجب الحد سواء كان القطع نهارا أو ليلا، وسواء كان بسلاح أو غيره. وهذا استحسان، وهو قولهما. والقياس أنه يجب وهو قول أبي يوسف[3]أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة ومن أصحابه محمد بن الحسن وبعض الحنابلة ونسب إلى الثوري وإسحاق وأصحاب هذا المذهب يرون أن لا يكون

---

(١) راجع الأم جـ٦ ص ١٥٢ ومثله جاء في مغني المحتاج جـ٤ ص ١٨١

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤

(٣) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢ ومثله جاء في المبسوط جـ٩ ص ٢٠١

قطع الطريق إلا في الصحراء، ولا يكون في المصر ولا في القرب منه ولا في القرى[١].

جاء في الهداية: ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر أو بين الكوفة والحيرة. فليس بقاطع طريق[٢]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: والمحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء فيعصبونهم المال مجاهرة[٣]أهـ.

الأدلــة

١- أدلة أصحاب المذهب الأول:

القائلين بأنهم قطاع طرق حيثما كانوا استدلوا بالكتاب والقياس والمعقول إليك بيان هذه الأدلة:

دليلهم من الكتاب قوله تعالى:﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾[٤].

---

(١) راجع المبسوط جـ٩ ص ٢٠١، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢

(٢) راجع الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٤٣١

(٣) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤

(٤) سورة المائدة الآية ٣٣

وجه الدلالة:

أن الآية عامة تتناول كل محارب سواء كان في المصر أو في الصحراء وحيث لم تفرق بينهما وجب الحد على من قطع الطريق في المصر وهو المدعى[1].

دليلهم من القياس:

ووجه أنه إذا تحققت الشروط فيمن قطع الطريق في المصر وجب عليه حد قاطع الطريق. قياسا على من قطعه في الصحراء ، بل هو أولى لأنه إذا وجب عليهم هذا في الصحراء وهو موضع الخوف. فلأن يجب في المصر وهو موضع الأمن أولى، لعظم جرأتهم، وعظم إخافتهم، وكثرة ضررهم[2].

جـ- دليلهم من المعقول:

قالوا إن محاربة شرع الله ﷻ، وتعدي حدوده، لا يختلف تحريمها بكونها خارج المصر أو داخله كغيرها من سائر المعاصي من زنا وشرب خمر وغيرهما . إلا أن الشافعية قالوا يشترط في قاطع الطريق أن يكون له شوكة أى قدرة وقوة مغالبة لغيره، والمغالبة إنما تأتي بالبعد عن العمران بحيث لو قال الشخص ياغوثاه أغاثه الناس، وتوجد المغالبة في المصر أيضا حال ضعف السلطان[3].

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤، مغني المحتاج جـ٤ ص ١٨١، الهداية مع فتح القدير جـ٥ ص ٤٣١.

(٢) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢، المبسوط جـ٩ ص ٢٠١

(٣) راجع الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٦ ص ١٣٤ وما بعدها.

٣- دليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا المذهب القائلون بأن قطع الطريق لا يكون إلا في الصحراء ولا يكون في المصر بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن القطع لا يحصل بدون الانقطاع، والطريق لا ينقطع في الأمصار وفيما بين القرى، لأن المارة لا تمتنع عن المرور عادة فلم يوجد السبب، كما أن الناس يغيثون المقطوع عليه في كثير من الأحيان فكان القطع في المصر بالغصب أشبه، فعليه التعزير ورد ما أخذ من مستحقة ، وهذا ظاهر الرواية عند الحنفية لكن المفتي به خلافة أي أن المفتي به هو رأي أبي يوسف الذي يقضي بأن الحرابة تقع في المصر ليلا ونهارا ، بسلاح أو بدونه دفعا لشر المتغلبة والمفسدين(١).

جاء في بدائع الصنائع وقيل : إنما أجاب أبو حنيفة - عليه الرحمة - على ما شاهده في زمانه. لأن أهل الأمصار كانوا يحملون السلاح: فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم في المصر ، والآن ترك الناس هذه العادة فتمكنهم المغالبة فيجري عليهم الحد. وعلى هذا قال أبو حنيفة- رحمه الله - فيمن قطع بين الحيرة والكوفة- أنه لا يجري عليه

---

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٤٣١ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٩٢، المبسوط جـ٩ ص٢٠١، المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤٤، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي جـ٦ ص ١٣٤ .

الحد لأن الغوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لاتصالـــه بـــالمصر. والآن صار ملتحقا بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق[1]أهـــ.

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقـــان يتبيـــن لنـــا أن الراجح ما عليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بأنه يثبـــت قطـــع الطريق داخل المصر وخارجه على حد سواء، لأنه إذا وجب الحد علـــى قاطع الطريق في الصحراء. فمن باب أولى وجوبه على قاطع الطريـــق في المصر لأن الصحراء موضع الخوف، والمصر موضع الأمن فـــإذا تحقق قطع الطريق في المصر دل على عظم جراءتهم، وعظم إخافتـــهم، وكثرة ضررهم . فيطبق عليهم الحد دفعا لشرهم .

---

(١) راجع بدائع الصنائع جـــ٧ ص ٩٢ومثله جاء في المبسوط جـــ٩ص ٢٠١ وما بعدها.

المسألة السابعة
الاشتراك في السرقة

إذا دخل جماعة الدار فأخذوا متاعا، وحملوه على ظهر رجل منهم أو رجلين، وخرج الباقون من غير حمل شئ، أو دخل جماعة منهم الدار، وأخذوا المتاع، وترصد الباقون لحراستهم. فهل يقطع الحامل للشئ، والداخل في الدار فقط أم يقطع الجميع ؟

اختلف العلماء في ذلك على مذهبين هاك بيانهما :

المذهب الأول:

وعليه الإمام الشافعي ومالك وزفر من الحنفية، وأبو ثور وابن المنذر. وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الذي أخرج المتاع وتولى الأخذ فقط.

جاء في الأم : ولو دخل جماعة البيت ونقبوه معا. ثم أخرج بعضهم السرقة ولم يخرجها بعضهم . قطع الذي أخرجها دون الذي لم يخرجها، وكذلك لو كانوا جماعة فوقف بعضهم على الباب، أو في موضع يحميهم فمن أخذ المتاع منهم – قطع الذي أخرج المتاع من جوف البيت ، ولم يقطع من لم يخرجه من جوف البيت[1]أهـ .

---

(١) راجع الأم جـ٦ ص ١٤٩

وجاء في حاشية الدسوقي : ولو خرج كل واحد منهم من الحرز حاملا لشئ دون الآخر ، وهم شركاء فيما أخرجوه- لم يقطع منهم إلا من أخرج ما قيمته ثلاثة دراهم[1]أهـ.

وجاء في الهداية : والقياس أن يقطع الحامل وحده، وهو قول زفر رحمه الله[2]. أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد وأصحاب هذا المذهب يرون أن القطع على الجميع.[3]

جاء في الهداية : إذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا[4]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن دخلوا جميعا فأخرج أحدهم المتاع وحده ، فقال أصحابنا القطع عليهم[5].أهـ.

---

(١) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ٣٣٥ ط عيسى البابي الحلبي وأولاده — بمصر.

(٢) راجع الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

(٣) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٣٨٩، المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤١

(٤) راجع الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

(٥) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤١

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بأن القطع على المخرج فقط بالقياس الظاهر.

وجه القياس:

أن الإخراج قد وجد منه وحده والسرقة تمت به فكان هو السارق وحده، وإنما القطع على السارق فلا يقطع غير المخرج ، وكذلك إذا أخرج كل منهم شيئا لا يجب فيه القطع لا يقطع لأنه لم يتحقق شرط القطع[١].

٢- استدل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن القطع على الجميع استدلوا بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن إخراج المتاع من الحرز- وإن قام به البعض لكنه في المعني يعتبر من الكل لتعاونهم واشتراكهم في هتك الحرز إذا المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع، ويتهيأ الباقون للدفاع والحماية. فإذا امتنع القطع في هذه الصورة باعتبار الشبهة أدى إلى سد باب الحدود[٢].

---

(١) راجع مغني المحتاج جـ٤ ص ١٧٢، شرح الزرقاني على الموطأ جـ٥ ص ١١٧، الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

(٢) راجع البناية على الهداية جـ٥ ص ٥٧٩ ط دار الفكر، فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها، العناية على الهداية جـ٥ ص ٣٨٩

جاء في المغني لابن قدامة: أنهم اشتركوا في هتك الحرز وإخراج المتاع فلزم القطع كما لو حملوه جميعا[1]أهـ.

وجاء في الهداية: ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع لأدى إلى سد باب الحد[2]أهـ.

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتبين لنا أن الراجح قول أصحاب المذهب الثاني القائل بأن القطع على الجميع، وذلك حتى لا يؤدي الاشتراك إلى الإفلات من العقاب، وتضييع الحقوق وتعطيل الحدود .

---

(١) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ١٤١

(٢) راجع الهداية جـ٥ ص ٣٩٠، البناية على الهداية جـ٥ ص ٣٧٩

المسألة الثامنة

اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل

اتفق العلماء على أنه إذا اختلف شهود الزنا . فشهد اثنان أنه زني بها في بلد كذا واثنان في بلد كذا، أو أنه زني بــها فــي بيــت، وشــهد الآخران أنه زنى بها في بيت آخر.

فالاتفاق على أن هذه البينة لا تقبل، ولا يقام على المتهمين الحــد، وكذلك إذا شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت، وشهد الآخــــران أنــه زنى بها فى زاوية أخرى وكانت الزاويتان متباعدتين.

وأما إذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذه الزاوية من البيت، وشــهد آخران أنه زنى بها في زاوية أخرى ، وكان البيـــت صغـيرا ضيقـا، والزوايا متقاربة. فقد اختلفوا في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي .

المذهب الأول:

وعليه جمهور المالكية والشافعية . وزفر من الحنفية وأصحـــاب هذا المذهب يرون أن هذه الشهادة لاتقبل، ولا يثبت بها الحد[1].

جاء في بداية المجتهد: وجمهورهم على أن من شرط هذه الشـهادة أن لاتختلف لا في زمان ولا مكان ألا ما حكى عن أبي حنيفة من مســألة

---

(1) راجع بداية المجتهد جـــ٦ ص ١٣٥، مغني المحتاج جـــ٤ ص ١٥١

الزوايا المشهورة، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن البيت يطؤها غير الركن الذي رآها فيه الآخر[١] أهـ.

وجاء في مغني المحتاج : ولو عين شاهد من الأربعة زاوية من زوايا البيت لزناه، وعين الباقون منهم زاوية غيرها لم يثبت الحد[٢] أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه والإمام أحمد – رحمهم الله تعالى – وأصحاب هذا المذهب يرون أنه تقبل هذه الشهادة ويقام عليهما الحد.

جاء في بدائع الصنائع : ولو شهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية من البيت، وشهد اثنان أنه زنى في هذه الزاوية الأخرى منه يحد المشهود عليه[٣] أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة: وإن شهد اثنان أنه زنا بها في زاوية بيت، وشهد اثنان أنه زنى بها في زاوية أخرى منه وكانت الزاويتان متقاربتين كملت شهادتهم وحد المشهود عليه[٤] أهـ.

---

(١) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ١٣٥

(٢) راجع مغني المحتاج جـ٤ ص ١٥١

(٣) راجع بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٩

(٤) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٧٤

الأدلـــة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

الذين قالوا برد هذه الشهادة وعدم ثبوت الحد بها.

فقالوا : إن الاختلاف في المكان كالاختلاف في الزمان، والاتفـاق على أن الاختلاف في الزمان يؤثر في رد الشهادة فكذلك الاختلاف فـي المكان ، كما أن الاختلاف يورث شـبهة، والحـدود تـدرأ بالشـبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره[١].

جاء في مغني المحتاج لأنهم لم يتفقوا على زنية واحدة فأشبه مـا لو قال بعضهم زنى بالغداة، وبعضهم بالعشي[٢] أهـ.

وجاء في بداية المجتهد : وسبب الخـلاف هـل تلفـق الشـهادة المختلفة بمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان؟ فأجمعوا على أنـها لا تلفق والمكان أشبه شئ بالزمان، والظاهر من الشـرع قصـده إلـى التوثيق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود[٣] أهـ.

وجاء في الرسالة : وأي استحسان في سـفك دم امـرئ مسـلم. وأشار بذلك إلى إيجـاب الحـد علـى المشـهود عليـه بـالزني فـي الزوايا[٤]أهـ.

---

(١) راجع الفقه الإسلامي للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٦ ص ٥٠ وما بعدها.

(٢) راجع مغني المحتاج جـ٤ ص ١٥١

(٣) راجع بداية المجتهد جـ٢ ص ١٣٥

(٤) راجع الرسالة ص ٥٠٥

وجاء في نفائس الأصول : قولهم في شهود الزنى وجب الرجم استحسانا والقياس يقتضي وجوب الحد، فلم يساعدهم دليل شرعي لأنه تعذر إيراد شهادتهم على زنية واحد ، فصار كما لو شهدوا على الزنى في بيوت فإنه لا يثبت الحد اتفاقا، وليس لهم أن يقولوا. استحسان تصديق الشهود، لأن تصديق الشهود لا يقتضي الحد جزما[1] أهـ.

وجاء في المستصفى ردا على القائلين بالاستحسان وتفريعهم هذه المسألة وهذا هوس، لأنا نصدقهم ، ولا نرجم المشهود عليه. كما لو شهد ثلاثة ، وكما لو شهدوا في دور، وندرأ الرجم من حيث لم نعلم يقينا اجتماع الأربعة على شهادة واحدة فدرأ الحد بالشبهة أحسن[2].أهـ.

٣- استدل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بقبول الشهادة وإقامة الحد عليهما بالاستحسان

ووجه الاستحسان:

أنهم اتفقوا في شهادتهم على فعل واحد حيث نسبوه إلى بيت واحد صغير -والكلام فيه- ثم إن تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل، لأن البيت إذا كان صغيرا- والفعل وسطه- فكل من كان في جهة يظن أنه إليه أقرب- فيقول إنه في الزاوية التي تليه، وعلى هذا يكون اختلافهم صورة لا حقيقة ، وعلى فرض أن اختلافهم في الزوايا فالفعل

---

(١) راجع نفائس الأصول في شرح المحصول جـ٩ ص ٤٠٣٦ وما بعدها.

(٢) راجع المستصفى جـ١ ص ١٣٩

واحد، وذلك بغرض أن ابتداء الفعل منهما كان في زاوية، ثم صار إلى أخرى بتحركهما أثناء الفعل، وذلك ممكن لصغر المكان[1].

جاء في الهداية، وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاوية، وهذا استحسان . والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة[2].أهـ

وجه الاستحسان:

أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى منه لانتقالهما منه واضطرابهما فلم يختلف المشهود به فتقبل شهادتهم[3].

وجاء في المغني لابن قدامة : ولنا أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود، بأن يكون ابتداء الفعل في أحدهما وتمامه في الأخرى ،أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منهما، فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا[4] أهـ.

والظاهر من الكلام السابق أن اختلاف الشهود في المكان لا يؤثر في الشهادة، ولا يورث شبهة فلا يدرأ الحد عن المشهود عليهما عند أصحاب هذا المذهب.

---

(1) راجع فتح القدير على الهداية جـ٥ ص ٢٨٦ وما بعدها، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٤٩، العناية على الهداية جـ٥ ص ٢٨٦

(2) راجع الهداية جـ٥ ص ٢٨٦

(3) راجع المرجع السابق.

(4) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٧٤

هذا وبعد عرض ما قاله الفريقان ، وأدلة كل فريق يتبين لنـــا أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول وهم القائلون بعدم قبول هـذه الشهادة ، وعدم ثبوت الحد بها. لأن اختلافهم في مكـــان أورث شـــبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات، والشارع تشدد في إثبات هذا الحـد أكـثر مـن غيره.

المسألة التاسعة

تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة

اتفق الفقهاء على أن النية شرط في أداء الزكاة تمييزا لها عن الكفارات ، وبقية الصدقات. لقول النبي ﷺ " إنما الأعمال بالنيات " [١]. وأداؤها عمل، ولأنها عبادة كالصلاة فتحتاج إلى نية لتمييز الفرض عن النفل .

واختلفوا : فيمن وجبت عليه الزكاة، وتصدق بجميع ماله، ولم ينو الزكاة هل يسقط عنه الواجب، أو يبقي في ذمته؟
اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه – المالكية والشافعية والحنابلة. وهم يرون أن الإنسان لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة لم تسقط عنه الزكاة ، كما لو وهبه أو أتلفه ، وكما لو كان عليه صلاة فرض فصلى مائة صلاة نافلة لا يجزئه[٢].

---

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم من طريق عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إنما الأعمال بالنيات ولكل أمرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ماهاجر إليه " (راجع صحيح البخاري جـ٤ ص ٢٨٤ ط نهضة مصر ، صحيح مسلم بشرح النووي جـ١٣ ص ٥٣ ط دار إحياء التراث العربي).

(٢) راجع الشرح الصغير جـ١ ص ٦٦٦ وما بعدها ط دار المعارف- مصر ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٩٥ ط علم الفكر- القاهرة، المجموع شرح المهذب جـ٦ ص ١٨٥، المغني لابن قدامة جـ٢ص ٥٠٦

المذهب الثاني:

وعليه الحنفية، وهم يرون أن الإنسان لو تصدق بجميع ماله ولم ينو الزكاة سقط فرضها عنه استحسانا بشرط ألا ينوي بها واجبا آخر من نذر أو غيره[1].

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بعدم سقوط الزكاة عنه فقالوا : إنه لا تسقط عنه لأنه لم ينو بما دفعه الفرض فلم يسقط عنه، وقاسوا ذلك على الصلاة. فإنه لو صلى ما شاء أن يصلي ولم ينو الفرض لا يسقط عنه ما لم يصله بنية الفرض، والصدقة تصلح فرضا وتطوعا فلا بد من التعيين[2].

جاء في المغني لابن قدامة : لو تصدق بجميع ماله تطوعا، ولم ينو الزكاة لم يجزئه ولا يصلح لأنه لم ينو به الفرض فلم يجزئه. كما لو تصدق ببعضه، وكما لو صلى مائة ركعة ولم ينو الفرض بها[3] أهـ.

---

(1) راجع فتح القدير على الهداية جـ٢ ص ١٧٠، العناية على الهداية جـ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبة الزحيلي جـ٣ ص ٨١٠ وما بعدها ط دار الفكر.

(2) راجع المجموع شرح المهذب جـ٦ ص ١٨٥، الشرح الصغير جـ١ ص ٦٦٦ وما بعدها ، قوانين الأحكام الفقهية ص ٩٥

(3) راجع المغني لابن قدامة جـ٢ ص ٥٠٦

٣- استدل أصحاب المذهب الثاني:

وهم الحنفية على مذهبهم القائل : بسقوط فرض الزكاة عنه استحسانا.

ووجه الاستحسان:

أن الواجب جزء من ماله، وهو ربع العشر فكان متعينا في الجميع، والمتعين لا يحتاج إلى التعيين، لأن الفرض أنه دفع الكل، والحاجة إلى تعيين الفرض للمزاحمة بين الجزء المؤدي وسائر الأجزاء، وبأداء الكل لله تعالى تحقق أداء الجزء الواجب [١].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو قول . جمهور العلماء القائل بعدم سقوط الفرض عنه إن لم ينو الزكاة، لأن العبادات جميعها لابد فيها من النية.

---

(١) راجع العناية على الهداية جـ٢ ص ١٧٠، فتح القدير مع الهداية جـ٢ ص ١٧٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/وهبة الزحيلي جـ٣ص ٨١٠ وما بعدها.

المسألة العاشرة
فـي
محاذاة الرجل المرأة في الصلاة

اتفق الفقهاء على أن السنة – فيما إذا اجتمع في صلاة الجماعة رجال ونساء- أن يصف النساء خلف الصفوف.

واختلفوا فيما إذا صلت امرأة في صف الرجال، أو رجل في صف النساء على مذهبين أذكرهما فيما يلي :

المذهب الأول:

وعليه الإمام أبو حنيفة وأصحابه: وهم يرون أنه تفسد صلاة من حاذته المرأة من الرجال. ولا تفسد صلاة المرأة[1]. إذا تحققت شروط المحاذاة وهي : أن ينوي الإمام إمامتها، وأن تكون الصلاة مشتركة، وأن تكون مطلقة ، وأن تكون المرأة من أهل الشهوة ، وأن لا يكون بينهما حائل .

المذهب الثاني:

وعليه الأئمة الثلاثة – مالك والشافعي وأحمد وهم يرون أن محاذاة الرجل المرأة في الصلاة فإنه يكره ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال.

---

(1) راجع مذهب الحنفية ، وما قيل في شروط المحاذاة في الهداية وشروحها جـ١ ٣٦٠ وما بعدها، البناية جـ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها.

جاء في الشرح الكبير. يكره صلاة رجل بين صفوف النساء، وكذا محاذاته لهن بأن تكون امرأة عن يمينه وأخرى عن يساره، ويكره صلاة النساء بين صفوف الرجال ، وكذا محاذاتها لهم[1] أهـ.

وجاء في الأم: ولو أن رجلا أم رجالا ونساء فقام النساء خلف الإمام ، أو الرجال خلفهن أو قام النساء حذاء الإمام فائتممن به، والرجال إلى جنبهن كرهت ذلك للنساء والرجال والإمام، ولم تفسد على واحد منهم صلاته[2]أهـ.

وجاء في المغني لابن قدامة : وإن وقفت المرأة في صف الرجال كره، ولم تبطل صلاتها، ولا صلاة من يليها[3]أهـ.

الأدلة

١- استدل أصحاب المذهب الأول:

على مذهبهم القائل بفساد صلاة من حاذته المرأة من الرجال، ولا تفسد صلاة المرأة . استدلوا على ذلك بالاستحسان.

ووجه الاستحسان:

أن في المحاذاة ترك فرض مقام الإمام ، ومن ترك فرض المقام فسدت صلاته ، أما أنه ترك فرض المقام فلأن تأخير المرأة فرض على

---

(١) راجع الشرح الكبير جـ١ ص ٣٣١ ط دار إحياء الكتب العلمية عيسى البابي الحلبي وشركاه .

(٢) راجع الأم جـ١ ص ١٥٠

(٣) راجع المغني لابن قدامة جـ٢ ص ١٥٠

الرجل في صلاة يشتركان فيها . لما روى عن عبد الله بن مسعود ﷺ أن رسول الله ﷺ قال "أخروهن من حيث أخرهن الله"[1].

أمر الرجال بالتأخير ولا مكان يجب تأخيرهن في غير الصلاة فتعين التأخير فيها، كما أن المرأة لا ينسب إليها تقصير كالمأموم إذا تقدم على الإمام ومن هنا قلنا . بفساد صلاة الرجل دون المرأة .

اعترض على ذلك:

بأن الخبر الذي استدللتم به خبر واحد لا يثبت به الفرض فكيف أثبتم به فرض القيام

أجيب على ذلك:

بأن هذا الخبر من الأخبار المشهورة ، وليس من أخبار الآحاد ، فيجوز به الزيادة على الكتاب، ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم أن الفرض يثبت به ابتداء بل يثبت باعتبار أنه وقع بيانا لما تضمنه كتاب الله تعالى في قوله : ﴿ **وللرجال عليهن درجة**﴾ [2]. فألحق بالكتاب فأخذ حكمه[3].

---

(1) قال العجلوني عن هذا الحديث أخرجه الطبراني من قول ابن مسعود من حديث مطول وفيه. كان الرجل والمرأة في بني إسرائيل يصلون جميعا ثم كانت المرأة إذا كانت لها خليل تلبس القالبين فتقوم عليهما فتواعد خليلها فكان ابن مسعود يقول " أخروهن من حيث أخرجهن الله " قيل فما القالبان ؟ قال : أرجل من خشب يتخذها النساء يتشرفن الرجال في المساجد. والصحيح أنه موقوف على ابن مسعود، وقال الزيلعي في نصب الراية حديث غريب (راجع كشف الخفاء جـ١ ص ٦٩ الناشر مكتبة التراث الإسلامي، نصب الراية جـ٢ص٣٦ط دار المأمون بتصرف.

(2) سورة البقرة من الآية ٢٢٨

(3) راجع أدلة الحنفية في البناية جـ ٢ ص ٣٣٣ وما بعدها ، والعناية جـ١ ص ٣٦١، الهداية جـ١ ص ٣٦٠ وما بعدها.

٣- استدل أصحاب المذهب الثاني:

على مذهبهم القائل بأن محاذاة الرجل المرأة في الصلاة يكره، ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال: استدلوا بالقياس هاك بيانه:

قياس حال الصلاة على ما لو وقفت في غير صلاة ، فإنه لاتبطل صلاته بالإجماع. فقد ثبت أن الرسول ﷺ كان يصلي وعائشة[١] رضي الله عنها نائمة بين يديه[٢] فكذلك في الصلاة[٣].

أجيب عن ذلك:

بأنه لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لأنه هو المخاطب بقوله ﷺ " أخروهن " دون المرأة فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها، كالمأموم إذا تقدم على الإمام[٤].

هذا وبعد عرض ما قاله العلماء وأدلة كل فريق يتضح لنا أن الراجح أن محاذاة المرأة الرجل في الصلاة تفسد صلاته دون صلاتها .

---

(١) هي أم المؤمنين رضى الله عنها بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه تزوجها النبي ﷺ بمكة قبل الهجرة بثلاث سنوات وتوفيت في خلافة معاوية سنة ٥٨هـ ولها سبع وستون سنة ودفنت بالبقيع (راجع أسد الغابة جـ٧ ص ١٨٨ ط الشعب، الإصابة جـ١٣ ص ٣٨ لناشر الكليات الأزهرية

(٢) ولفظ الحديث أن النبي ﷺ كان يصلى صلاته من الليل وعائشة معترضة بين يديه اعتراض الجنازة (راجع مسند أحمد جـ٦ص٣٧٥، سنن أبي داود جـ١ ص ١٨٩ كتاب الصلاة- باب من قال المرأة لاتقطع الصلاة.

(٣) راجع الأم جـ١ ص ١٥٠، والمغني لابن قدامة جـ٢ ص ١٥٠، الشرح الكبير ص ٣٣١

(٤) راجع العناية على الهداية جـ١ ص ٣٦٢

بالشروط السابق ذكرها. لأن تأخير المرأة في الصلاة المشتركة فـــرض بدلالة الإجماع.

المسألة الحادية عشرة

فـــي

طهارة خرء الحمام والعصفور

إذا وقع في البئر خرء الحمام[١] والعصفور هل يفسد المـــاء ؟ أم لا، وهل هذا الخرء طاهر أم نجس ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول:

وعليه الحنفية والمالكية والظاهرية، والمستفاد من كلام الحنابلـــة وأصحاب هذا المذهب يرون أن خرء الحمام والعصفور طاهر، فلو وقـــع في البئر لا يفسد الماء، ويكون طاهرا[٢].

جاء في الهداية: فإن وقع فيـــها خـــرء الحمـــام أو العصفـــور لا يفسده[٣]. أهـــ.

---

(١) خرء الحمام بضم الخاء والراء- العذرة — وجمعه خروة مثل جند وجنود والحمامة عند العـــرب ذوات الأطـــواق، وعند العامة هي الدواجن فقط ، ويجمع حمامات وحمائم (راجع المصباح المنير جـــ١ ص ١٦٧، البنايـــة على الهداية جـــ١ ص ٣٩٢

(٢) راجع البناية على الهداية جـــ١ ص ٣٩٢، العناية على الهداية جـــ١ ص ١٠٠ ، القوانين الفقهية ص ٣٥، المحلـــي لابن حزم جـــ١ ص ١٩١ ط دار الفكر، المغني لابن قدامة جـــ١ ص ٣٠

(٣) راجع الهدلية وشروحها جـــ١ ص ١٠٠

وجاء في تبيين المسالك: وأما فضلات مباح الأكل فطاهر[1].أهـ.

وجاء في المحلي لابن حزم : وونيم[2] الذباب والبراغيث والنحل وبول الخفاش إن كان لا يمكن التحفظ منه، وكان في غسله حرج أو عسر لم يلزم من غسله إلا ما لا حرج فيه ولا عسر[3]. أهـ.

المذهب الثاني:

وعليه الشافعية وهم يرون أن خرء الحمام والعصفور نجس فلو وقع في البئر يفسد الماء، ويكون الماء نجسا[4].

الأدلة

١- دليل المذهب الأول:

استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم القائل بطهارة خرء الحمام والعصفور بالاستحسان.

ووجه الاستحسان ما يلي :

أ-ماروى أن النبي ﷺ شكر الحمامة وقال " إنها أوكرت على باب الغار حتى سلمت فجازاها الله تعالى بأن جعل المساجد مأواها"[5].

---

(١) راجع تبيين المسالك جـ١ ص ١٢٤ ط دار الغرب الإسلامي.

(٢) بفتح الواو وكسر النون وآخره ميم وهو خرء الذباب (راجع المصباح المنير جـ٢ ص ٦٧٣)

(٣) راجع المحلي لابن حزم جـ١ ص ١٩١

(٤) راجع مغني المحتاج جـ١ص ١٨٨،التهذيب في فقه الإمام الشافعي جـ١ص ١٨٣ط دار الكتب العلمية بيروت- لبنان.

(٥) لم يوجد في كتب الحديث وجاء بنصه في البداية والنهاية جـ٣ ص ١٨٢ ط مكتبة المعارف- بيروت - لبنان.

وفي ذلك دلالة ظاهرة على عدم نجاسة خرء الحمام والعصفور.

ب- فإن الصدر الأول ومن بعدهم أجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد – حتى المسجد الحرام – مع ورود الأمر بتطهيرها[1] لقوله تعالى: ﴿**وعهدنا إلى إبراهيم وإسماعيل أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود**﴾[2].

٣- دليل المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بعدم طهارة خرء الحمام والعصفور بالقياس.

ووجه القياس:

أن خرء الحمام والعصفور متحول إلى نتن وفساد. فإن ما يحيله الطبع من الغذاء على نوعين.

- نوع يحيله إلى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس بالاتفاق.
- ونوع يحيله إلى صلاح كالبيض واللبن والعسل، وخرء الحمام والعصفور من النوع الأول فأشبه خرء الدجاجة وهو نجس بالاتفاق[3].

---

(١) راجع دليل الحنفية في البناية على الهداية جـ١ص٣٩٢،فتح القدير على الهداية جـ١ص١٠٠،العناية جـ١ص١٠٠

(٢) سورة البقرة من الآية ١٢٥

(٣) راجع دليل الشافعية في التهذيب في فقه الإمام الشافعي جـ١ص ١٨٣، مغني المحتاج جـ١ ص ١٨٨

أجيب على ذلك:

بأن موجب التنجس النتن والفساد، والنتن هنا غير موجود ، وانتقاء الجزء يستلزم انتقاء الكل، فإن قال : الفساد وحده مما يوجبه قلنا: منقوض بالمني فإنه قد فسد وهو طاهر، وسائر الأطعمة تفسد بطول المكث ولا تتجس، على أنه إن تنجس فيما نحن فيه سقط بالضرورة[1].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء، وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو المذهب الأول القائل. بطهارة خرء الحمام والعصفور، لأن الضرورة تقضي بذلك لأن هذا مما يصعب الاحتراز عنه.

---

(1) راجع البناية على الهداية جـ١ ص ٣٩٤، العناية على الهداية جـ١ ص ١٠٠

المسألة الثانية عشرة
في
حدوث عيب في الأضحية

الأضحية لغة : اسم لما يضحي به أو لما يذبح أيام عيد الأضحى[1].

واصطلاحا : هي ذبح حيوان مخصوص بنية القربة في وقت مخصوص، أو هي ما يذبح من النعم تقربا إلى الله تعالى في أيام النحر[2].

والأضحية عند الجمهور سنة مؤكدة، ويكره تركها للقادر عليها، وعند الحنفية هي واجبة في كل عام على المقيمين من أهل الأمصار.

واتفق الفقهاء على أن المعيبة لا تجزئ في الأضحية، وإن اختلفوا في العيوب التي تمنع الجواز[3].

فإذا اشترى شاة للأضحية- وهي سليمة من العيوب- ثم تعيبت قبل الذبح فهل تجزئ في الأضحية إذا ذبحها بعد حدوث العيب أم لا ؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة مذاهب ولكثرة هذه المذاهب سأذكر كل مذهب ودليله بعده حتى يتبين المقصود ، ويكون قريبا لفهم كل مذهب ودليله.

---

(1) راجع مختار الصحاح ص ٣٧٨، القاموس المحيط جـ٣ ص ٣٥٦، المصباح المنير جـ٢ ص ٣٥٩.

(2) راجع تبيين الحقائق جـ٦ ص ٢ ، تكملة فتح القدير جـ٩ ص٥٠٥

(3) راجع الأم جـ٢ ص ٢٢١، بداية المجتهد جـ١ ص ٤٢٩، المجموع شرح المهذب جـ٨ ص ٣٨٢، المغني لابن قدامة جـ٣ ص ٥٨١، اللباب في شرح الكتاب جـ٣ ص ٢٣٢ ط دار الحديث — لبنان، تبيين الحقائق جـ٦ ص ٢ ، تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٥٠٩.

المذهب الأول: وعليه الحنفية- عدا زفر- وهم يرون أن الأضحية إذا تعيبت عند معالجة الذبح وذبحها أجزأته.

جاء في بدائع الصنائع: ولو قدم أضحية ليذبحها فاضطربت في المكان الذي يذبحها فيه فانكسرت رجلها ، ثم ذبحها أجزأه، وكذلك إذا انقلبت منه الشفرة فأصابت عينها فذهبت أهـ[1].

وجاء في الهداية : ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا أهـ[2].

دليل هذا المذهب: استدل أصحاب هذا المذهب بالاستحسان.

ووجه الاستحسان: أن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح. فكأن العيب حصل بالذبح- اعتبارا وحكما- فلم يمنع الأجزاء ، كما أن الشاة تضطرب عند الذبح فتلحقها العيوب من اضطرابها وهذا مما لا يمكن الاحتراز عنه[3].

المذهب الثاني: وعليه زفر من الحنفية - والمستفاد من كلام الإمام الشافعي وأصحاب هذا المذهب يرون أن الأضحية لو تعيبت قبل الذبح لم تجزئه، غير أن الإمام الشافعي. فرق بين ما إذا أوجبها على نفسه وهي

---

(1) راجع بدائع الصنائع جـ٥ ص ٧٦

(2) راجع الهداية وشروحها جـ٩ ص ٥١٦

(3) راجع المرجعين السابقين.

سليمة ثم تعيبت أجزأته ، وبين ما إذا لم يوجبها، وتعيبت ثم ذبحـــها لــم تكن أضحية[1].

جاء في الأم : وإذا اشترى الرجل الضحية فلـــم يوجبــها حتـــي أصابها مالا تجوز معه- بحضرة الذبح قبل أن يذبحها، أو قبل ذلك. لـــم تكن أضحية، ولو أوجبها سالمة ثم أصابها ذلك، وبلغت أيـــام الأضحـــى ضحى بها وأجزأت عنه[2] أهـــ.

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب بالقياس.

ووجه القياس : أن العيب الذي لحق بالأضحية في حالة الذبح لحقها قبـل تعيين القربة فيها ، فصار كما لو كان قبل حالة الذبح[3].

المذهب الثالث : وعليه المالكية – وهم يرون أن الأضحية إذا تعيبت قبل الذبح لا تجزئ مطلقا.

جاء في الشرح الكبير :أو تعيبت حالة الذبح عيبا يمنع الإجـــزاء، كما إذا أضجعها للذبح فاضطربت فانكسرت رجلها، أو أصابت الســـكين عينها ففقأتها قبل تمام فرى الحلقوم والودجين[4] أهـــ.

---

(1) راجع الهداية مع العناية جـــ٩ ص ٥١٦، بدائع الصنائع جـــ٥ ص ٧٦، مغني المحتاج جـــ٤ ص ٢٨٦

(2) راجع الأم جـــ٢ ص ١٩٠

(3) راجع الهداية مع العناية جـــ٩ ص٥١٦ ، بدائع الصنائع جـــ٥ ص٧٦، نغني المحتاج جـــ٤ ص٢٨٦ .

(4) راجع الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي جـــ٢ ص ١٢٤ وما بعدها.

دليل هذا المذهب :استدل أصحاب هذا المذهب بقوله ﷺ "أربع لاتجزئ في الأضاحي . العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين عرجها، والعجفاء التي لا تنقي"[١].

وجه الدلالة : فقد أوضح الحديث أن الأضحية إذا كانت معيبة لا تجزئ.

المذهب الرابع : وعليه الحنابلة ونسب إلى الإمام الشافعي وأصحاب هذا المذهب يرون أن الأضحية إذا تعيبت بفعله لم تجزئه وأما إذا حدث فيها العيب دون فعله أجزأه[٢].

جاء في المغني لابن قدامة : وإن تعيبت بفعلة فعلية بدلها، وبه قال الشافعي[٣] أهـ.

دليل هذا المذهب : استدل أصحاب هذا المذهب فقالوا : إنه عيب أحدثه بها قبل ذبحها، فلم تجزئه كما لو كان قبل معالجة الذبح[٤].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة كل قول يتبين لنا أن الراجح هو المذهب الأول القائل. بأن الأضحية إذا تعيبت عند معالجة الذبح

---

(١) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجة والصنعاني من طريق البراء بن عازب بنفس اللفظ (راجع سنن الترمذي جـ٤ ص ٨٦ باب ما لايجوز من الأضاحي وقال عنه حسن صحيح، وقال العجفاء أى الضعيفة الهزيلة- لا تنقى أي ذهب مخ عظمها من شدة الهذال، سنن ابن ماجة جـ٢ ص ١٠٥ رقم ٣١٤٤، سبل السلام جـ٤ ص ٩٤.

(٢) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

(٣) راجع المغني لابن قدامة جـ٩ ص ٤٤٣ وما بعدها.

(٤) راجع المرجع السابق.

وذبحها أجزأته ، لأن ما يحدث عند الذبح من اضطـــراب الشـــاة ممـــا يصعب الاحتراز عنه، كما أن النية قد توافرت عند شراء الأضحية قبـــل الذبح فقلنا بالإجزاء.

المسألة الثالثة عشرة
القبول ليس ركنا في الهبة

هل تنعقد الهبة بالإيجاب من الواهب فقط ؟ أم لا بد من الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له. اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول: وعليه الجمهور من الحنفية- وهو المستفاد من كلام الحنابلة. وأصحاب هذا المذهب يرون أن الهبة تنعقد بالإيجاب من الواهب فقط، وأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا[1].

جاء في بدائع الصنائع : أما ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا[2] أهـ.

وجاء في حاشية ابن عابدين : أن كل عقد يتولاه الواحد يكتفي فيه بالإيجاب[3]أهـ.

وجاء في المعني لابن قدامة : وقرائن الأحوال ودلالتها تغني عن لفظ القبول[4] أهـ.

---

(1) راجع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٢٠، الهبة والوصية لأستاذنا الدكتور/ محمود على ص ٧ ط دار الهدى، الفقه الواضح للدكتور/ محمد بكر إسماعيل جـ٢ ص ٥٩٨ ط دار المنار للنشر والتوزيع .

(2) راجع بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

(3) راجع حاشية ابن عابدين جـ٨ ص ٤٥٠ ط البابي الحلبي واولاده مصر.

(4) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٥٠

المذهب الثاني : وعليه الشافعية والمالكيـــة- وزفــر مــن الحنفيــة – وأصحاب هذا المذهب يرون أن قبول الموهوب له الشئ الموهوب يعتــبر ركنا في الهبة قياسا، ومن هنا لاتصح الهبة إلا بإيجاب وقبول غــــير أن الشافعية يستثنون بعض المسائل التي لا يحتاج فيها إلـــى قبــول كالهبــة الضمنية ، كأن يقول لغيره اعتق عبدك عنى ففعل فيدخل في ملكة هبـــة ويعتق عليه ولا يحتاج للقبول[1].

جاء في مغني المحتاج : وشرط الهبة إيجاب وقبول لفظا[2] أهـــ.

وجاء في حاشية الدسوقي : قبول الموهوب له الشـــئ الموهــوب ركنا في الهبة أي شرط في صحتها فتبطل الهبة بعدمه[3] أهــ.

وجاء في بدائع الصنائع : والقياس أن يكون ركنا . وهـــو قــول زفر[4] أهـــ.

الأدلـــة

١- **دليل المذهب الأول :** استدل أصحاب المذهب الأول علـــى مذهبــهم القائل بعدم توقف الهبة على القبول بالاستحسان.

ووجه الاستحسان السنة والمعقول هاك بيانه

---

(١) راجع مغني المحتاج جـــ٢ ص ٣٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جــ٤ ص ١٠١، تكملة فتــح القديــر جـــ٩ ص ٢٠

(٢) راجع مغني المحتاج جـــ٢ ص ٣٩٧

(٣) راجع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـــ٤ ص ١٠١

(٤) راجع بدائع الصنائع جـــ٦ ص ١١٥

أولا : الاستحسان بالسنة بما يلي :

أ- ماروي أن الصعب بن جثامة[1] أهدي إلى النبي ﷺ حمار وحش وهو بالأبواء فرده النبي ﷺ وقال " لولا أنا حرام وإلا لقبلنا[2] " فقد أطلق الراوي اسم الإهداء على هذا التصرف بدون القبول ، والإهداء من ألفاظ الهبة.

ب- ما روي أن سيدنا أبا بكر ﷺ دعا سيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنها في مرض موته فقال لها " إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي بالعالية ، وإنك لم تكوني قبضتيه، ولا حرزتيه وإنما هو مال الوارث "[3]. أطلق الصديق ﷺ اسم النحل بدون القبض والنحل من ألفاظ الهبة، فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك، والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم للإيجاب مع القبول، فلا يطلق اسم البيع لغة وشريعة على أحدهما دون الآخر ، فما لم يوجدا لا يتسم التصرف بسمة البيع.

ثانيا : وجه الاستحسان بالمعقول: إن الهبة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا

---

(1) هو يزيد بن قيس بن ربيعة بن عبد الله بن يعمر الشداخ بن عوف بن كعب بن يعث بن أبي بكر بن عبد مناف بن كنانة الكناني الليثي، وكان الصعب ينزل ودّان والأبواء في أرض الحجاز توفي في خلافة أبي بكر رضى الله عنه (راجع أسد الغابة جـ٣ ص ٢٠ ط الشعب)

(2) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه من نفس الطريق بنفس اللفظ (راجع فتح الباري بشرح صحيح البخاري جـ٥ ص ٢٠٣- كتاب الهبة — باب قبول الهدية حديث رقم ٢٥٧٣)

(3) راجع هذا الأثر في نيل الأوطار للشوكاني جـ٥ ص ٣٩٢ ط مصطفي البابي الحلبي — بمصر .

لوجودها في نفسها. فإذا نطق الواهب بلفظ الهبة فقد أتى بالهبة كما أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء، هذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع لوجود العوض من الجانبين[1].

٢- دليل المذهب الثاني: استدل أصحاب هذا المذهب القائل يتوقف الهبة على القبول بالقياس.

وجه القياس: أن الهبة تصرف شرعي- والتصرف الشرعي وجوده شرعا باعتباره، وهو انعقاده في حق الحكم، والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعا[2].

وتظهر ثمرة الخلاف السابق فيمن حلف لا يهب هذا الشئ لفلان فوهبه له فلم يقبل، فإنه يحنث عند أصحاب المذهب الأول استحسانا، وعند أصحاب المذهب الثاني لا يحنث ما لم يقبل قياسا[3].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء وأدلة الفريقين يتبين لنا أن الراجح هو القول القائل بأن القبول شرط في صحة الهبة تحقيقا للرضا، ومنعا من وقوع الضرر على الموهوب له، فقد يكون في قبول الهبة مهانة

---

(١) راجع دليل مذهب الحنفية في بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥، تكملة فتح القدير مع الهداية جـ٩ ص ٢٠، الفقه الواضح للدكتور محمد بكر إسماعيل جـ٢ ص ٥٩٨، الهبة والوصية للدكتور / محمود على ص ٧ وما بعدها.

(٢) راجع دليل المذهب الثاني في مغني المحتاج جـ٢ ص ٣٩٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٤ ص ١٠١، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

(٣) راجع تكملة فتح القدير جـ٩ ص ٢٠ ، بدائع الصنائع جـ٦ ص ١١٥

تلحقه من قبل الواهب، أو من غيره، وقد يترتب عليها من الأمــــور مــــا يسئ إلى سمعته من أي وجه من الوجوه فلابد من اشتراط القبـــول فـــي صحة الهبة على ما قرره أصحاب المذهب الثاني وهم الشافعية والمالكيــة وبعض الحنفية.

المسألة الرابعة عشرة
في
هبة الدين لغير المدين

اتفق الفقهاء على جواز هبة الدين للمدين، واختلفوا في هبة الدين لغير المدين على مذهبين أذكرهما فيما يلي:

المذهب الأول : وعليه الحنابلة وبعض الحنفية وهو الصحيح من مذهب الشافعية والإمامية، ونسب للثوري والأوزاعي، وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين لا تصح وتقع باطلة قياسا. سواء أذن الدائن للموهوب بقبض الدين ممن عليه أم لم يأذن [1].

جاء في المغني لابن قدامة: وإن وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح[2] أ هـ.

وجاء في المبسوط، وفي القياس : لا يجوز وهو قول زفر لأن الدين ليس بمال[3]. أهـ.

وجاء في مغني المحتاج : وهبة الدين للمدين إبراء ولغيره باطلة في الأصح[4]. أهـ.

---

(1) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٨، المبسوط جـ١٢ ص ٧٠، مغني المحتاج جـ٢ ص ١٤، تكملة المجموع جـ١٥ ص ١٢، جواهر الكلام جـ٢٨ ص ١٦٣ ط دار إحياء التراث العربي-بيروت لبنان.

(2) راجع المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٨

(3) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠

(4) راجع مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠

وجاء في جواهر الكلام : ولو وهب ما في الذمة، فإن كانت لغير من عليه الحق لم يصح على الأشبه[١].أهـ.

المذهب الثاني : وعليه بعض الحنفية والمالكية وهو قول عند الشافعية وأصحاب هذا المذهب يرون أن هبة الدين لغير من عليه الدين صحيحه لكن المالكية اشترطوا لصحة الهبة ثلاثة شروط فليرجع إليها من شاء في المراجع التي أذكرها في هذا المذهب[٢].

جاء في المبسوط : لو وهب رجل لرجل دينارا له على رجل وأمره بقبضه جاز ذلك استحسانا[٣] أهـ.

وجاء في شرح الخرشى على المختصر: وكذلك تجوز هبة الدين الشرعي لمن عليه ولغيره[٤] أهـ.

وجاء في نهاية المحتاج : أما إذا كان الدين على ملئ باذل له فالهبة صحيحة قياسا على صحة بيعه إذا بيع بالعين أو تقابضا في المجلس[٥] أهـ.

---

(١) راجع جواهر الكلام جـ٢٨ ص ١٦٣

(٢) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠، شرح الخرشي جـ٧ ص ١٠٣ ط دار إحياء التراث العربي- بيروت — لبنان. نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤١٣ ط مصطفى البابي الحلبي واولاده بمصر، مغني المحتاج جـ٢ص ٤٠٠

(٣) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠

(٤) راجع شرح الخرشي جـ٧ ص ٧٠

(٥) راجع نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤١٣

الأدلـة

١- دليل المذهب الأول : استدل أصحاب المذهب الأول القائل ببطلان هبة الدين لغير من عليه الدين بما يلى :

أ- القياس : حيث قاسوا هبة الدين لغير من عليه الدين على بيعه بجامع أن كلا منهما عقد مشروع لتمليك المال. فكما لا يجوز بيع الدين مع غير من عليه الدين لا تجوز هبته.

أجيب عن ذلك: بأن هذا قياس مع الفارق وبيانه: أن البيع يوجب الملك بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد. بخلاف الهبة فالمعتبر فيها وقت القبض ، فإن الملك عنده يثبت.

ب- إن الدين ليس بمال بدليل أن من حلف لا مال له وله دين على إنسان لا يحنث ، والهبة عقد مشروع لتمليك المال. فإذا أضيف العقد إلى ما ليس بمال لا يصح .

أجيب عن ذلك: بأن الدين في الذمة يقبل التمليك بالعقد، فإنه لو باعه ممن عليه الدين بعوض جاز، ولو وهبه منه جاز ، فعرفنا أنه قابل للتمليك حكما[١].

٢- دليل المذهب الثاني : استدل أصحاب المذهب الثاني على مذهبهم القائل بصحة هبة الدين لغير من عليه بالاستحسان والمعقول.

---

(١) راجع المبسوط جـ١٢ ص ٧٠، المغني لابن قدامة جـ٦ ص ٤٨، مغني المحتاج جـ٢ ص ٤٠٠، نهاية المحتاج جـ٦ ص ٤١٣، جواهر الكلام جـ٢٨ ص ١٦٣

أ- وجه الاستحسان : أن الواهب أناب الموهوب له مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب- ولو قبض بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز. فكذلك إذا أمره بالقبض له.

ب- من المعقول : أن ما في الذمة مقدور التسليم، ويجعل قبضه كقبض العين فإذا قبض العين ناب هذا القبض عن قبض عين ما في الذمة، كما أن هبة العين صحيحة والذمم تجري مجرى الأعيان . بدليل صحة البيع والشراء فيها[١].

هذا وبعد عرض أقوال العلماء- وأدلة الفريقين ، وما ورد عليها من مناقشات يتبين لنا رجحان القول بصحة هبة الدين لغير المدين.

---

(١) راجع المراجع السابقة .

" خاتمة نسأل الله حسنها "

وفي نهاية الطواف بهذا الموضوع – الاستحسان عند الأصوليين داسة وتطبيق يتبين لنا ما يأتي :

١- إن الاستحسان ليس قاصرا على القياس الخفي الواقع في مقابلة القياس الجلي، كما صوره بعض علماء الأصول، كما أنه ليس قاصرا على الاستحسان الثابت بالنص أو الإجماع، أو الضرورة ، أو القياس الخفي ، بل يكون ثابتا بغيرها من الأدلة.

٢- إن القياس الذي يذكر في مقابلة الاستحسان، قد يكون المراد به القياس الأصولي، وقد يكون المراد به النص الشرعي العام ، أو القاعدة المقررة عند الفقهاء، أو عند بعضهم، وليس المراد به خصوص القياس الأصولي، كما يدل عليه مسلك بعض الأصوليين.

٣- إن الإمام الشافعي – رحمه الله تعالى – قد عمل بالاستحسان في واقع الأمر ويظهر ذلك جليا في بعض الفروع الفقهية، ولكنه أرجع الكثير من المسائل الاستحسانية في غالب الأحيان إلى القياس، فقد وسع دائرة القياس فأدخل فيه كثيرا من مسائل الاستحسان .

٤- إن الاستحسان الذي أنكره الإمام الشافعي، وشدد النكير على من عمل به ، وساق الأدلة على إبطاله. إنما هو الاستحسان المبني على الرأي المحض من غير دليل شرعي ، وهذا المعنى لم يقل به أحد ممن عملوا بالاستحسان .

٥- إن الظاهرية لا يعملون بالاستحسان ونفوه كنفيهم للقياس لأنهم وقفوا عند النصوص فقط، ولم يتوسعوا في الأدلة ، كما أنهم لم يقولوا بتعليل الأحكام، فقد أداهم ذلك إلى أن قرروا أحكاما تنفيها الشريعة ، فقد قرروا أن بول الآدمي نجس للنص عليه، وبول الخنزير ظاهر لعدم النص عليه، ولو اتجهوا إلى قليل من الفهم لفقه النص لما وقعوا في مناقضة البدهيات على ذلك النحو.

٦- إن الاستحسان عند المالكية هو استثناء صورة من عموم أمثالها لدليل اقتضى ذلك ، وهذا الدليل قد يكون عرفا، أو مصلحة ، أو دفعا لمشقة ، أو إيثارا للتوسعة على الناس.

٧- إن العمل بالاستحسان يبعد المجتهد عن الشطط في الاجتهاد والتقيد بحرفية التطبيق لحكم القياس، أو القواعد العامة، وهذا الشطط الذي من شأنه أن يوصل إلى الغلو والخروج عن مقاصد الشارع وروح التشريع.

٨- الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح أن يكون محلا للنزاع، ولا يعدو أن يكون خلافا لفظيا يرجع إلى التسمية فقط لأنهم ذكروا في تفسيره أمورا لا تصلح للخلاف، لأن بعضها مقبول اتفاقا وبعضها مردود اتفاقا، وبعضها متردد بين القبول والرد.

٩- إن الاستحسان مبدأ اجتهادي يكشف لنا عن مظهر من مظاهر مرونة الشريعة ، وأنها مواكبة لكل عصر وزمان.

وبعد فهذا نهاية ما تيسر لى كتابته في هذا البحث، وقد بذلت في إعداده أقصى الجهد ، وغاية الطاقة، فإن آك وفقت ولو بعض الشئ فهذا

فضل الله يوتيه من يشاء، والله ذو الفضل العظيم، وإن تكـــن الأخـــرى فعذري أني بشر، والعصمة لله وحده. وهنا أقول: كمـــا قـــال إمـــام دار الهجرة مالك بن أنس رضى الله عنه " كل إنسان يؤخذ من كلامه ويـترك إلا صاحب هذه السارية ﷺ [١].

أو كما قال العماد الأصفهاني " إني رأيت أنه لا يكتـــب إنســـان كتابا في يوم إلا قال في غده أو بعد غده. لو غير هذا لكان أحسن، ولـــو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكـــان أجمل . وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملـــة البشر"

والحمد لله حيث بالخير تمم . اللهم اجعل عملنا هذا خالصا لوجهك الكريم، ووفقنا لخدمة دينك القويم، وثبتنا بالقول الثابت في الحياة الدنيـــا وفي الآخرة إنك على ما تشاء قدير.

د/ صلاح أحمد عبد الرحيم إمام

---

(١) راجع إرشاد السالك جـ١ ص ٢٢٧، جامع بيان العلم وفضله جـ٢ ص ٩١

الفهرس العام للبحث ويشتمل على:

١- فهرس الآيات القرآنية الكريمة.

٢- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

٣- فهرس الآثار .

٤- فهرس الأعلام.

٥- أهم المراجع.

٦- فهرس الموضوعات.

أولا: فهرس الآيات القرآنية الكريمة

سورة البقرة

سورة النساء

سورة المائدة

مسلسل	الآيـــــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود.....	١	٥٦٦
٢-	فاغسلوا وجوهكم وأيديكم	٦	٦٢٤
٣-	إنما جـــزاء الذيـــن يحـــاربون الله ورســـوله ويسعون	٣٣	٧٢٨
٤-	إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم ...	٣٤	٦٦١
٥-	والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما...	٣٨	٦٦٢
٦-	وأن أحكم بينهم بما أنزل الله	٤٩	٦٦٢
٧-	إنما الخمر والميسر والأنصاب	٩٠	٦٣٦

سورة الأنعام

مسلسل	الآيـــــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ما فرطنا فى الكتاب من شئ........	٣٨	٦٣٢
٢-	ولا رطـــب ولا يـــابس إلا فـــــى كتـــاب مبين................................	٥٩	٦٣٢
٣-	اتبع ما أوحى إليك من ربك.........	١٠٦	٦٢٢

سورة الأعراف

مسلسل	الآيـــــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وكتبنا له فى الألواح من كل شئ....	١٤٥	٥٥٦

تابع فهرس الآيات

سورة التوبة

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله......	٧٦،٧٥	٥٦٧
٢-	خذ من أموالهم صدقة تطهرهم...	١٠٣	٥٦٦

سورة يوسف

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	نحن نقص عليك أحسن القصص...	٣	٥٥٧
٢-	إن النفس لأمارة بالسوء...........	٥٣	٦١٢

سورة إبراهيم

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	الذين يستحبون الحياة الدنيا	٣	٦١٠

سورة النحل

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شئ..	٨٩	٦٣٢
٢-	ذلك بأنهم استحبوا الحياة الدنيا.....	١٠٧	٦١٠

تابع فهرس الآيات

سورة الإسراء

مسلسل	الآيـــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ولا تقف ما ليس لك به علم........	٣٦	٦٣٢

سورة الكهف

مسلسل	الآيـــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ولا تقولون لشئ إنى فاعل ذلك	٢٤	٦٢٢

سورة الحج

مسلسل	الآيـــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم....	٢٩	٥٦٦
٢-	وما جعل عليكم فى الدين من حرج.	٧٨	٦٣٤

سورة النور

مسلسل	الآيـــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	فى بيوت أذن الله أن ترفع	٣٦	٦٧٧

تابع فهرس الآيات

سورة القصص

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى.	٥٠	٦١٢

سورة الروم

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	بل اتبع الذين ظلموا أهواءهم......	٢٩	٦١٢

سورة الأحزاب

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	لقد كان لكم فى رسول الله أسوة...	٢١	٦٢٧

سورة فاطر

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وما يستوى البحران هذا عذب فرات.	١٢	٦٧٧
٢-	ولا تزر وازرة وزر أخرى.........	١٨	٦٥٥

تابع فهرس الآيات

سورة الزمر

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه.	١٨	٥٥٦
٢-	الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها.	٢٣	٥٥٧

سورة غافر

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وأفوض أمرى إلى الله	٤٤	٧١٢

سورة فصلت

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ومن أحسن قولا ممن دعا إلى الله..	٣٣	٥٥٦

سورة الحديد

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم.	١٦	٥٥٧

سورة المجادلة

مسلسل	الآيـــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها	١	٦٢٢

تابع فهرس الآيات

سورة الحشر

مسلسل	الآيـــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم.	٧	٦٢٣

سورة القيامة

مسلسل	الآيـــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	أيحسب الإنسان أن يترك سدى.....	٣٦	٦٢١

سورة الإنسان

مسلسل	الآيـــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	يوفون بالنذر	٧	٥٦٦

سورة النازعات

مسلسل	الآيـــــــة	رقمها	رقم الصفحة
١-	ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هى المأوى...	٤٠،٤١	٦٣١

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

تابع فهرس الأحاديث

ثالثا: فهرس الآثار

رابعا: فهرس الأعلام

تابع فهرس الأعلام

تابع فهرس الإعلام

تابع فهرس الاعلام

تابع فهرس الاعلام

أهم المراجع

أ - القرآن الكريم وعلومه:

١- الجامع لأحكام القرآن الكريم: للإمام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر فرج الأنصارى القرطبى المتوفى سنة ٦٧١ هـ ط دار الغد العربى بالقاهرة - نشر دار الكتاب العربى بالقاهرة.

ب- كتب الحديث وعلومه:

١- سنن النسائى بشرح الحافظ جلال الدين السيوطى: مطبعة دار الحديث بالقاهرة.

٢- سنن الدارقطنى: تأليف شيخ الإسلام الإمام الكبير على بن عمر الدار قطنى المتوفى سنة ٣٨٥ هـ تحقيق عبد الله السيد هاشم يمانى المدنى. مطبعة دار المحاسن بالقاهرة.

٣- سنن الترمذى: لأبى عيسى محمد بن عيسى المتوفى سنة ٢٩٧ هـ تحقيق وتعليق محمد فؤاد عبد الباقى؛ مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٤- سنن الحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ابن ماجة المتوفى سنة ٢٩٥ هـ تحقيق الأستاذ/ محمد فؤاد عبد الباقى مطبعة دار إحياء التراث العربى.

٥- سنن أبى داود الإمام الحافظ المصنف أبى داود سليمان بن الأشعث السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ تحقيق محمد محى الدين الناشر دار إحياء السنة النبوية.

٦- سبل السلام: تأليف الإمام محمد بن إسماعيل الكحلانى الصنعانى المعروف بالأمير. مطبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٧- السنن الكبرى: للإمام الحافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى ٤٥٨ هـ مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.

٨- صحيح الإمام أبى عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى المتوفى سنة ٢٥٦ هـ مطبعة نهضة مصر.

٩- صحيح الإمام مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى أبو الحسين بشرح الإمام يحيى بن شرف الدين النووى - مطبعة دار إحياء التراث العربى.

١٠- فتح البارى بشرح صحيح البخارى للإمام الحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى المتوفى سنة ٨٥٢ هـ تحقيق عبد العزيز بن عبد الله بن باز مطبعة دار المعرفة بيروت - لبنان.

١١- كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للشيخ إسماعيل بن محمد العجلونى المتوفى سنة ١١٦٢ هـ تحقيق أحمد القلاش. الناشر مكتبة التراث الإسلامى.

١٢- مسند الإمام أحمد بن حنبل مطبعة دار صادر - بيروت - لبنان.

١٣- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: للحافظ نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى المتوفى سنة ٨٠٧ هـ. بتحرير الحافظين العراقى وابن حجر: مطبعة القدس بالقاهرة.

١٤- الموطأ للإمام مالك بن أنس إمام دار الهجرة: مطبعة إحياء التراث العربى عيسى البابى الحلبى – بمصر.

١٥- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار تأليف الإمام محمد بن على الشوكانى – مطبعة البابى الحلبى بمصر.

١٦- نصب الراية لأحاديث الهداية للإمام محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٧٢ هـ مطبعة دار المأمون بشبرا – مصر الطبعة الأولى ١٣٥٧ هـ.

جـ- كتب اللغة:

١- تاج العروس للزبيدى: ط منشورات مكتبة الحياة بيروت – لبنان.

٢- القاموس المحيط: تأليف مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادى، مطبعة البابى الحلبى وأولاده بمصر. الطبعة الثانية ١٣٧١ هـ.

٣- لسان العرب: لمحمد بن مكرم جمال الدين بن منظور ط دار المعارف.

٤- مختار الصحاح: للإمام محمد بن أحمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى. تحقيق محمد خاطر. الناشر دار الحديث.

٥- المصباح المنير: فى غريب الشرح الكبير للرافعى تأليف العلامة أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى المتوفى سنة ٧٧٠ هـ ط المكتبة العلمية – بيروت – لبنان.

د- كتب أصول الفقه:

١- إرشاد الفحول: إلى تحقيق الحق من علم الأصول تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ مطبعة مصطفى البابي وأولاده بمصر.

٢- أصول السرخسي: للإمام أبي بكر محمد بن أحمد أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠ هـ تحقيق أبي الوفا الأفغاني: مطبعة دار المعرفة – بيروت لبنان.

٣- أصول الفقه الإسلامي للدكتور/ بدران أبو العينين بدران ط مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر بالإسكندرية.

٤- الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الحميد أبو المكارم: الناشر دار المسلم ببورسعيد.

٥- الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الوصول إلى علم الأصول تأليف شيخ الإسلام علي بن عبد الكافي وولده تاج الدين السبكي تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل. الناشر مكتبة الكليات الأزهرية.

٦- الإحكام في أصول الأحكام: للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري. مطبعة العاصمة – حسين حجازي.

٧- الإحكام في أصول الأحكام للآمدي سيف الدين أبي الحسن علي الآمدي الناشر دار الحديث.

٨- الآيات البينات لأحمد بن قاسم العبادي الشافعي ط دار الكتب العلمية – بيروت لبنان.

٩- بحوث فى الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين تأليف الدكتور/ محمد السعيد على عبد ربه – مطبعة السعادة ١٤٠٠ هـ – ١٩٨٠م.

١٠- تيسير التحرير: للعلامة محمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسينى الحنفى الخرسانى المتوفى سنة ٨٦١ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.

١١- تقرير العلامة المحقق والفهامة المدقق الشيخ عبد الرحمن الشربينى على جمع الجوامع لابن السبكى ط دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

١٢- التلويح على التوضيح لشرح متن التنقيح لصدر الشريعة المتوفى سنة ٧٤٧ هـ مطبعة محمد على صبيح وأولاده – بمصر.

١٣- حاشية العلامة البنانى على شرح الجلال المحلى على متن جمع الجوامع لابن السبكى – ط مصطفى البابى الحلبى – بمصر.

١٤- روضة الناظر وجنة المناظر: على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لشيخ الإسلام موفق الدين أبى عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسى – الناشر الكليات الأزهرية.

١٥- شرح البدخشى المسمى بمناهج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشى وهو شرح لمناهج الوصول فى علم الأصول للبيضاوى مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.

١٦- شرح القاضى عضد الملة والدين المتوفى ٧٥٦ هـ لمختصر المنتهى الأصولى لابن الحاجب تحقيق الدكتور/ شعبان محمد إسماعيل الناشر الكليات الأزهرية.

١٧- شرح المنار وحواشيه: للعالم العلامة عز الدين عبد اللطيف على متن المنار للإمام البركات النسفي. مطبعة السعادات ١٣١٥ هـ.

١٨- شرح نور الأنوار على المنار لمولانا الشيخ أحمد المعروف بملاجيون بن سعيد الحنفى ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

١٩- فواتح الرحموت للعلامة عبد العلى بن نظام الدين الأنصارى بشرح مسلم الثبوت للشيخ محب الدين ابن عبد الشكور: ط دار الفكر للطباعة والنشر.

٢٠- كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى ، تأليف الإمام أحمد البخارى المتوفى سنة ٧٣٠ هـ الناشر. دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة.

٢١- كشف الأسرار على المنار: للإمام أبى البركات عبد الله بن أحمد المعروف بالنسفى المتوفى سنة ٧١٠ هـ مطبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

٢٢- مختصر المنتهى الأصولى: تأليف الإمام ابن الحاجب المالكى المتوفى سنة ٦٤٦ هـ. الناشر الكليات الأزهرية.

٢٣- المستصفى من علم الأصول: للإمام حجة الإسلام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ ط دار الفكر للطباعة والنشر.

٢٤- المنخول لأبى حامد محمد بن محمد الغزالى تحقيق الدكتور/ محمد حسن هيتو. ط دار الفكر العربى بدمشق.

٢٥- المسودة: فى اصول الفقه لابن تيمية. مطبعة دار الكتاب العربى – بيروت لبنان.

٢٦- الموافقات: للشاطبى ط دار المعرفة – بيروت – لبنان.

٢٧- نظرية الإباحة: للدكتور/ محمد سلام مدكور ط دار النهضة العربية.

٢٨- نظرية الاستحسان لأسامة الحموى ط دار الخير بدمشق.

٢٩- نزهة الخاطر العاطر للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران الرومى الدمشقى. الناشر الكليات الأزهرية.

٣٠- نهاية السول. للإمام جمال الدين عبد الرحيم الإسنوى: مطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر.

٣١- نفائس الأصول فى شرح المحصول للعلامة شهاب الدين أبى العباس أحمد بن إدريس الشهير بالقرافى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ – ١٩٩٥م.

هـ- كتب الفقه:

١- الأم: تأليف الإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى المتوفى سنة ٢٠٤ هـ، ط دار الكتب العلمية – بيروت – لبنان.

٢- الأشباه والنظائر للسيوطى: فى قواعد وفروع فقه الشافعية ط عيسى البابى الحلبى – بمصر.

٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع تأليف الإمام علاء الدين مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧ هـ ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للشيخ الإمام الحافظ محمد بن محمد بن رشد. ط البابي الحلبي وأولاده - بمصر.

٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف العلامة فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي الحنفي. مطبعة دار المعرفة - بيروت لبنان.

٦- حاشية الدسوقي للعلامة شمس الدين محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدرديري. مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي. بمصر.

٧- تكملة فتح القدير: للكمال بن الهمام الحنفي. مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر.

٨- جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ط أنصار السنة المحمدية.

٩- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء مطبعة دار الحديث - بيروت لبنان.

١٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مطبعة عيسى البابي الحلبي.

١١- الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور/ وهبة الزحيلي مطبعة دار الفكر.

١٢- حاشية ابن عابدين. مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر.

١٣- فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين بن عبد الواحد المعـــروف بـــابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٦٨١ هـــ. على الهداية شرح بداية المبتدئ. مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٤- الفواكه الدوانى: شرح أحمد بن غنيم النفراوى الأزهـــرى – مطبعـــة البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٥- قوانين الأحكام الشرعية لابن جزء المالكى. مطبعة عالم الفكر بمصر.

١٦- اللباب فى شرح الكتاب – تأليف عبد الغنى الدمشقى الحنفـــى تحقيـــق محمود أمين. مطبعة دار الحديث – بيروت – لبنان.

١٧- المجموع شرح المهذب: للإمام زكريا محيى الدين النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـــ مطبعة دار الفكر.

١٨- مغنى المحتاج: إلى معرفة ألفاظ المنهاج شرح محمد الشربينى علـــى متن المنهاج لأبى زكريا محيى الدين بن شرف النـــووى ط مصطفـــى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

١٩- المبسوط: لشمس الأئمة السرخسى ط دار المعرفة بيروت – لبنان.

٢٠- المحلى: تصنيف الإمام ابن حزم المتوفى ٤٥٦ هـــــ ط دار الآفـــاق الجديدة– بيروت – لبنان.

٢١- المغنى: لابن قدامة المقدسى الحنبلى مطبعة دار الكتاب العربى.

٢٢- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط دار الفكر.

٢٣- الهداية شرح بداية المبتدى : تأليف شيخ الإسلام أبى الحسن على بن أبى بكر الرشدانى المرغينانى المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ط البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٢٤- المختصر النافع فى فقه الأمامية ط وزارة الأوقاف.

و- كتب التاريخ والرجال:

١- أسد الغابة فى معرفة الصحابة: لعز الدين بن الأثير أبى الحسن على ابن محمد الجزرى المتوفى سنة ٩٣٠ هـ تحقيق محمد إبراهيم البنا ط الشعب.

٢- الأعلام لأشهر الرجال والنساء من العرب المستعربين والمتشرقين. تأليف خير الدين الزركلى: ط دار العلم للملايين بيروت - لبنان.

٣- الإصابة فى تمييز الصحابة: لابن حجر العسقلانى: تحقيق طه الزينى الناشر الكليات الأزهرية.

٤- البداية والنهاية: للحافظ ابن كثير الدمشقى: المتوفى سنة ٧٧٤ هـ الناشر مكتبة المعارف بيروت - لبنان.

٥- تهذيب التهذيب للحافظ ابن حجر العسقلانى: ط دار المعارف النظامية حيدر آباد الدكن - الهند.

٦- حسن المحاضر لجلال الدين السيوطى الشافعى ط الموسوعات لصاحبها إسماعيل حافظ.

٧- سير أعلام النبلاء: تأليف الإمام شمس الدين الذهبى تحقيق محمد نعيم ط مؤسسة الرسالة - بيروت لبنان.

٨- شذرات الذهب: فى أخبار من ذهب للمؤرخ عبد الحق الحنبلى ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٩- الضوء اللامع: لأهل القرن التاسع تأليف المؤرخ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوى - منشورات مكتبة الحياة - بيروت - لبنان.

١٠- الطبقات الكبرى لابن سعد: دار صادر بيروت - لبنان.

١١- العبر فى خبر من غبر: للحافظ الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ هـ تحقيق أبا هاجر محمد السعيد: ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

١٢- الكامل فى التاريخ: تأليف الشيخ عز الدين أبى الحسن المعروف بابن الأثير - ط دار صادر بيروت - لبنان.

١٣- معجم البلدان: للإمام شهاب الدين ابى عبد الله الحموى البغدادى ط دار صادر - بيروت - لبنان.

١٤- معجم المؤلفين: تأليف عمر رضا كحالة الناشر مكتبة المثنى بيروت- لبنان.

١٥- مفتاح السعادة: تأليف أحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زاده - ط الكتب الحديثة بالقاهرة.

١٦- هدية العارفين فى أسماء المؤلفين: لإسماعيل البغدادى ط دار العلوم الحديثة - بيروت - لبنان.

١٧- وفيات الأعيان: لأبى العباس شمس الدين أحمد بـــن بكـر تحقيـق الدكتور/ إحسان عباس ط دار صادر - بيروت - لبنان.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

تابع فهرس الموضوعات

رقم الإيداع

٥٠٠٩ / ٢٠٠٠

الترقيم الدولى I.S.B.N

977 – 5532 – 95 – 7

